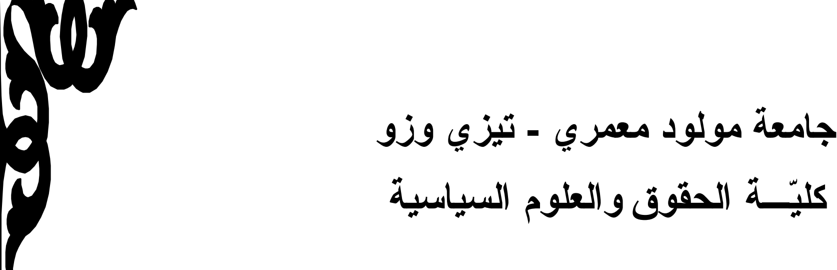


جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كليّـــة الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية

خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع "قانون المسؤولية المهنية"

إعــداد الطــالب: بوخرس بلعيد

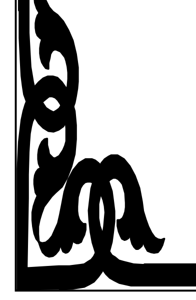
إشــراف الأستاذة: د/ معاشو فطة

لجنة المناقشة:

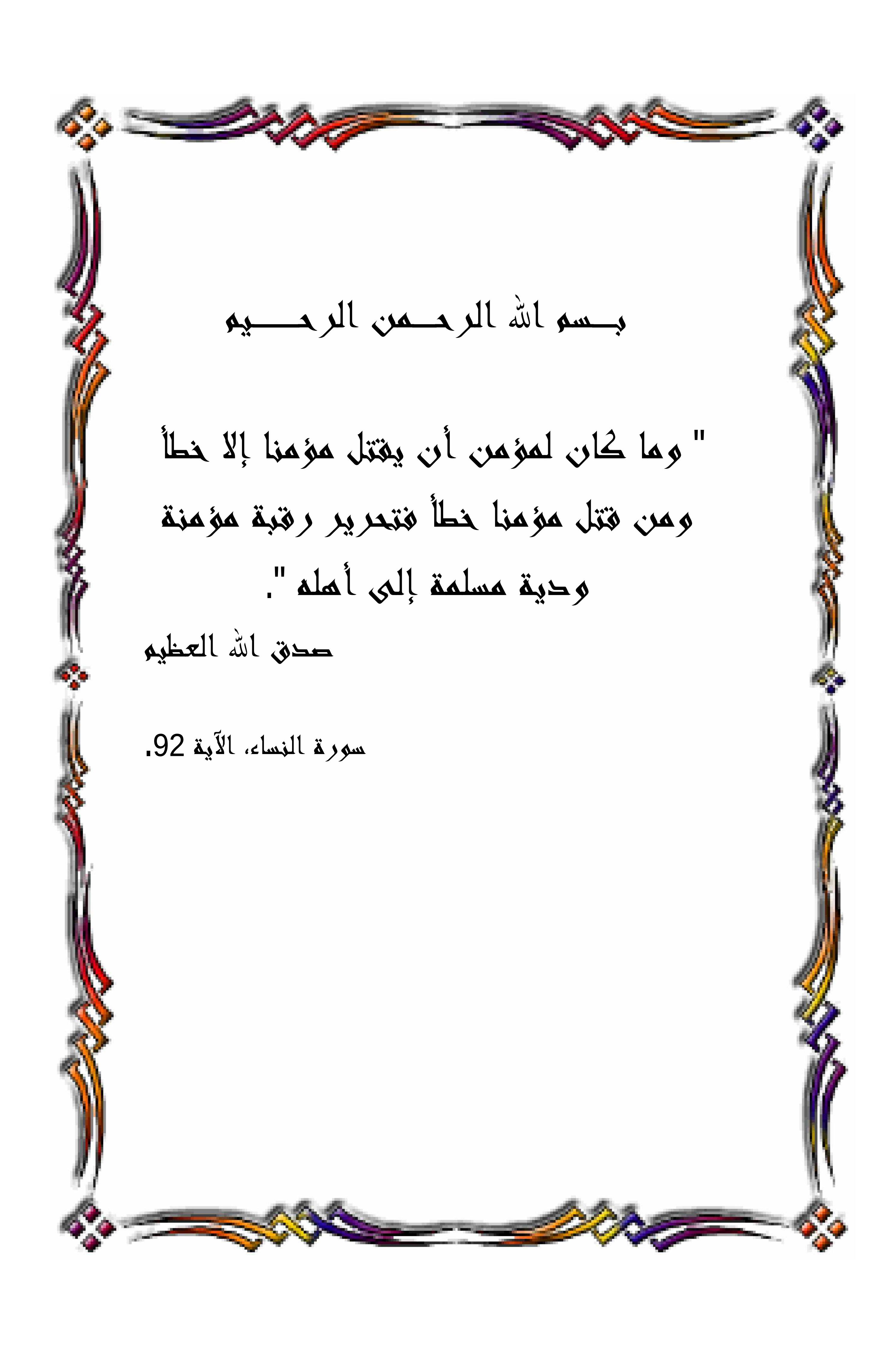
د. كجار (سي يوسف) زاهية حورية، أستاذة محاضرة أ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، رئيسة.

د. معاشو فطة، أستاذة محاضرة أ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،............ مشرفة ومقررة.

د. صبايحي ربيعة ، أستاذة محاضرة أ، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،................ ممتحنة.



تاريخ المناقشة: 05/ 10/ 2011.

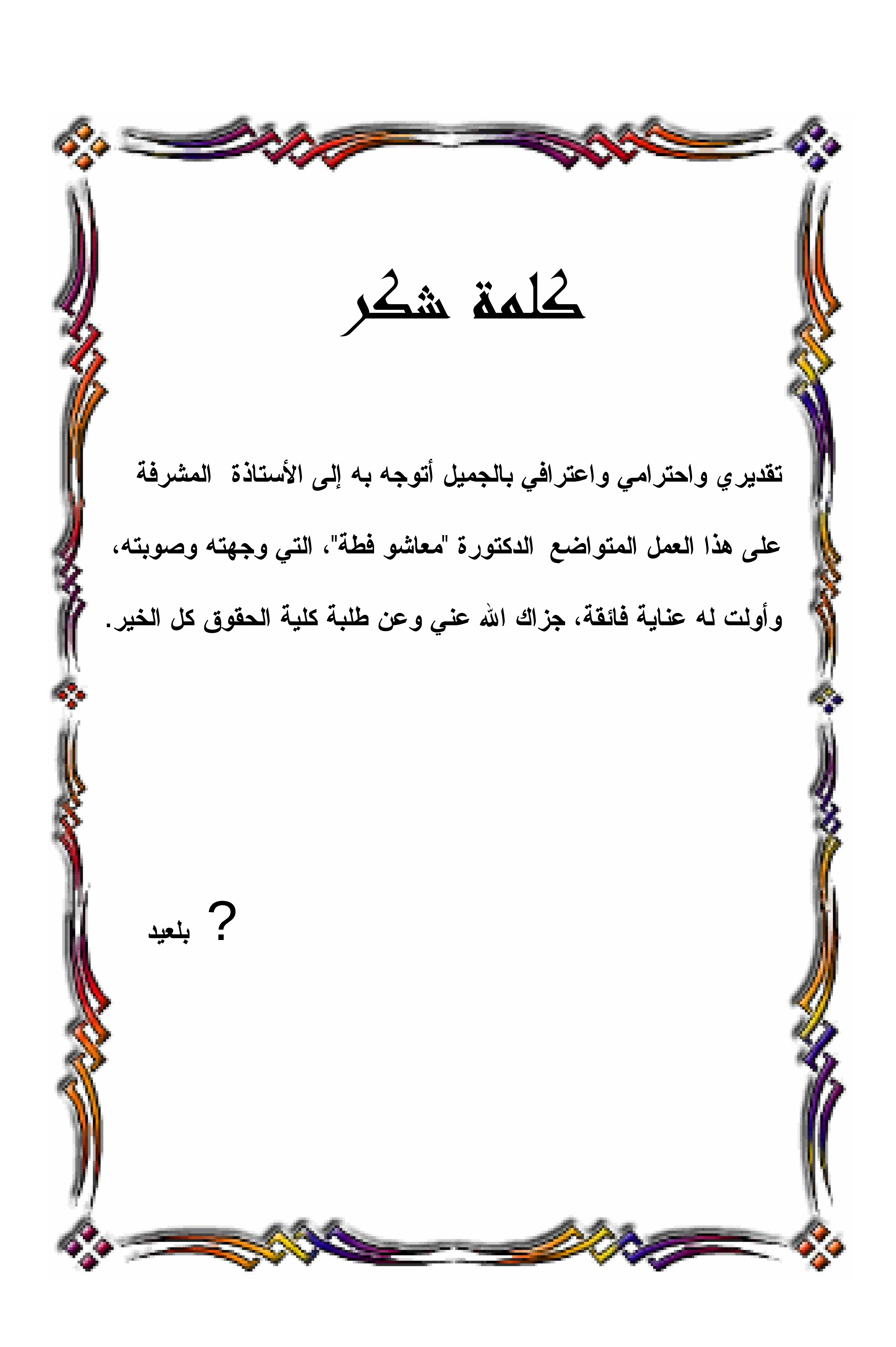


بسم الله الرحمن الرحيم

" وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله ".

صدق الله العظيم

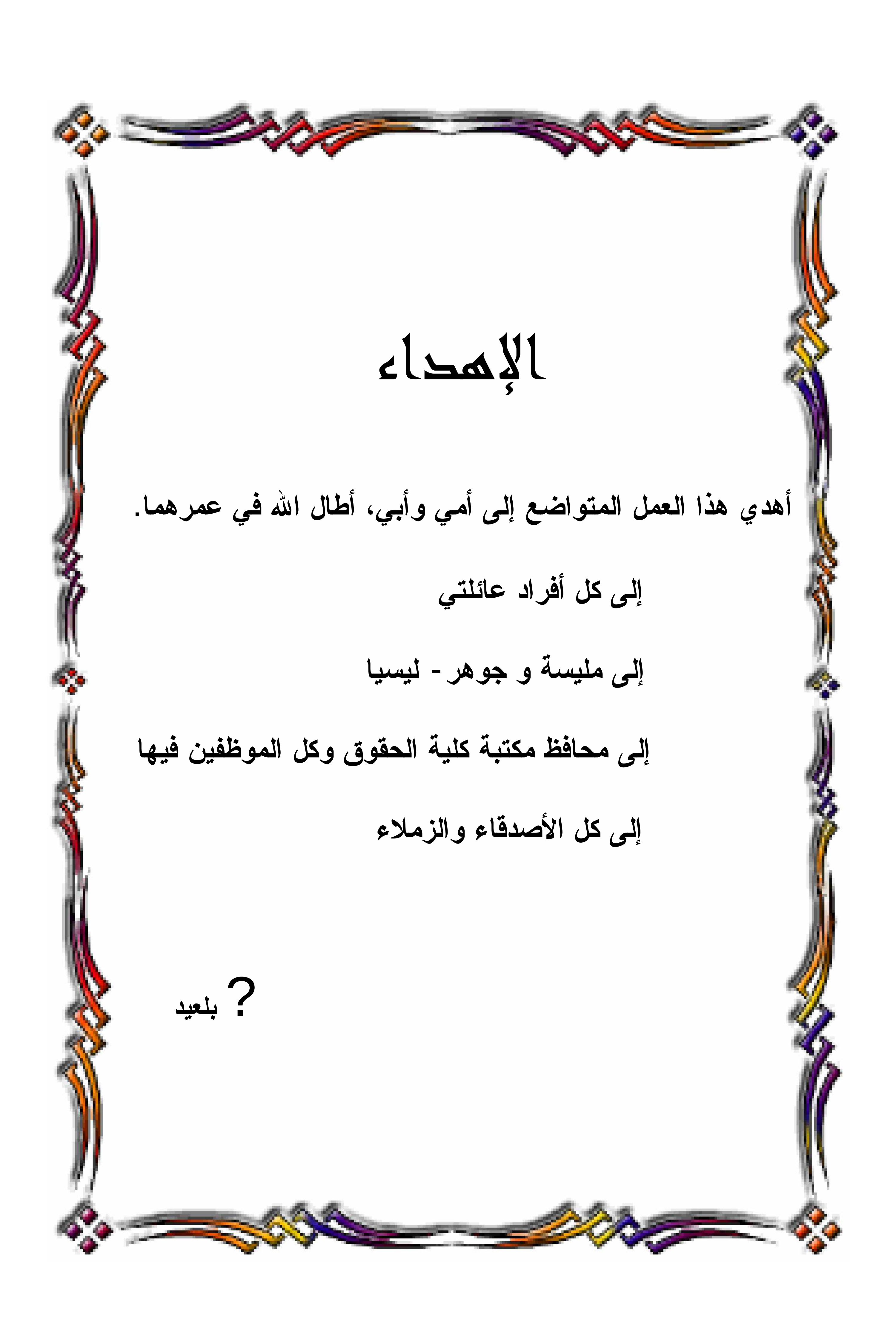
سورة النساء، الآية 92.



كلمة شكر

تقديري واحترامي واعترافي بالجميل أتوجه به إلى الأستاذة المشرفة على هذا العمل المتواضع الدكتورة "معاشو فطة"، التي وجهته وصوبته، وأولت له عناية فائقة، جزاك الله عني وعن طلبة كلية الحقوق كل الخير.

? بلعيد



الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى أمي وأبي، أطال الله في عمرهما.

إلى كل أفراد عائلتي

إلى مليسة و جوهر - ليسيا

إلى محافظ مكتبة كلية الحقوق وكل الموظفين فيها

إلى كل الأصدقاء والزملاء

? بلعيد

قـــائــــمـــــــة أهم المخـــتصـــــرات

أولا: باللغة العربية

ق م ج: القانون المدني الجزائري

ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

م أ ط: مدونة أخلاقيات الطب

ق ح ص ت: قانون حماية الصحة وترقيتها

ق إ م إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ج ر ج ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

د تا: دون تاريخ

د.د.ن: دون دار النشر

د.ب.ن: دون بلد النشر

د: دكتور

ص: صفحة

ص.ص: من الصفحة... إلى الصفحة...

ثانيا: باللغة الفرنسية

Art :	Article
Cass Civ	Cassation Civile
C A:	Cour d’appel
Ch Civ :	Chambre Civile
D :	Dalloz
Ed:	Edition
Gaz Pal :	Gazette du Palais
J C P :	Juris-Classeurs Périodique
JORF :	Journal Officiel de la République Française
N^{O} :	Numéro
Op.Cit. :	Opus Citatum. Une locution latine qui signifie « Ouvrage précédemment cité »
P :	Page
PP :	De la page… à la page…
TGI :	Tribunal de Grande Instance
Trib Civ :	Tribunal Civil

مقدمــة

يعتبر الحق في سلامة الجسد من أهم الحقوق التي يتمتع بها الإنسان، وهو من أهم المبادئ التي كرستها معظم تشريعات الدول، إذ هو من أول الحقوق التي تحرص على حمايتها، فالجسم الإنساني من أهم العناصر اللازمة لوجوده، لذلك فهو من أكثر عناصر الحياة الإنسانية تقديسا، ولا يجوز أن يكون محلا لأي اتفاق، وعلى نحو يعد المساس به انتهاكا لحرمة الكيان الجسدي، فحق الإنسان على جسده يعتبر من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

أولت الشريعة الإسلامية الغراء اهتماما وعناية فائقين للإنسان، الذي كرمته أيما تكريم وفضلته على سائر المخلوقات الأخرى، مصداقا لقوله تعالى: "**...ولقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم...**» [1]، فكفلت له حرمة شديدة، إذ منعت أي اعتداء[2] وتعذيب له أو مساس به، وقررت مبدأ حرمة جسم الإنسان، فيحظر المساس به إلا لضرورة ملحة.

تحمي حرية الإنسان في جسده قاعدة "عدم جواز المساس بالجسم"، غير أنه ترد على هذه القاعدة استثناءات أهمها الاعتراف بمشروعية العمل الطبي على جسم الإنسان الذي يتجسد في تدخلات الطبيب[3] العلاجية والجراحية التي تؤدي إلى المساس بهذا الجسم تبررها الضرورة المتمثلة من جهة في شفاء المريض من العلة والمرض الذي يعيقه عن ممارسة أنشطته الجسدية والعقلية والنفسية بصورة طبيعية وهي مصلحة خاصة به، ومن جهة أخرى تجيزه المصلحة العامة المتمثلة في حفظ الصحة العامة في المجتمع.

---

[1]– سورة التين، الآية 4.

[2]– لا يشمل منع هذا الاعتداء الجانب المادي لجسم الإنسان فقط، بل يمتد إلى جانبه المعنوي وذلك حفاظا على كرامة الفرد و شرفه وعرضه. أنظر فاطمة عيساوي، الحق في السلامة الجسدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 51.

[3]– الطبيب هو الشخص المؤهل الذي يمارس الطب ويعالج المرضى... وقد كان اسم الطبيب أو(الحكيم) في الماضي يطلق على كل من لديه خبرة بالتطبيب، وحاليا أصبح إسم الطبيب محصورا فيمن تحصل على شهادة جامعية تجيز له ممارسة الطب وفق الأصول والقواعد العلمية المقررة من قبل أهل هذا العلم. د/ احمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص651.

يعتبر كذلك الحق في السلامة الجسدية من الحقوق التي يشترك فيهما العبد مع ربه فإنه يلزم لإباحة المساس بمحل هذا الحق عن طريق العمل الطبي، ضرورة الحصول على إذنهما معا [1]، ولقد أمرت الشريعة الإسلامية بالوقاية والعلاج من الأمراض، لقوله صلى الله عليه وسلم:" **يا أيها الناس تداووا فإن الله لم ينزل من داء إلا أنزل له دواء**"، كما بينت السنة النبوية أن لكل داء دواء حيث يقول (ص): " **ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء** " [2].

نظرا لخطورة التدخلات الطبية على جسم الإنسان، فإن القانون يضع قواعد وضوابط من خلالها يحمي بها المريض وذلك في الحالات التي يرتكب فيها الطبيب أخطاء من شأنها المساس بصحة المريض وفي بعض الأحيان تؤدي إلى وضع حد لحياته، فالطبيب باعتباره إنسانا غير معصوم أثناء ممارسة مهنته، قد يقترف أخطاء الأمر الذي يستوجب فيه قيام مسؤوليته الطبية.

كان في السابق ينظر إلى نتائج أخطاء الأطباء في العلاج على أنها قضاء وقدر، ثم تغيرت هذه النظرة وأصبح الأطباء يناقشون ويساءلون من طرف مرضاهم عن أخطائهم، وهذا نتيجة التطور العلمي الذي عرفه الطب، وأصبحت فكرة الخطأ الطبي محل توسع في الفهم والتحليل، مما أدى إلى تنوع الأحكام الصادرة من القضاء في هذا المجال.

تعتبر المسؤولية الطبية وليدة التطور التاريخي وكذا التطور التقني والتكنولوجي، لذا فقد حظي هذا الموضوع باهتمام أكثر من طرف الفقه والقضاء في العصر الحديث واتسع نطاقه نظرا للتوسع العلمي والتطور الذي شهده الطب[3]، وكذا للخصوصية التي تمتاز بها

[1]– د/ عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية وجزاء الإخلال به، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 19.

[2]– نقلا عن د/ طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 34 .

[3]– يقول طبيب القلب العالمي المعروف "جون برنارد" في محاضرة ألقاها في إجتماع طبي في نادي الصحة الأوربي في باريس عام 1972 " **لقد حقق الطب في الثلاثين عاما الأخيرة من التقدم أكثر مما حققه خلال الثلاثين قرنا الماضية**". أنظر د/ حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 465.

الممارسات الطبية وعلوم الطب لما تعرفه من تقنيات وتعقيدات في التعامل مع جسم الإنسان من جهة، واكتشاف أجهزة ومعدات ساهمت في علاج الكثير من الأمراض من جهة أخرى، حيث ساهم هذا التطور في مجال الطب في تزايد وتنوع الأخطاء التي تقع من الأطباء.

لقد أثارت مسؤولية الأطباء في كافة التخصصات الكثير والعديد من الجدل على مستوى القضاء، وتبدو حساسية العمل الطبي من خلال اتصاله بجسم الإنسان وما يقتضيه ذلك من احترام أو تقدير، جعلت القضاء في حيرة في التوازن بين أمرين:

الأمر الأول: يتمثل في حماية المريض من أخطاء الأطباء تنتج عنها آثار سيئة، وفي نفس الوقت ضمان توفير العناية الطبية اللازمة من خلال تأكيد مسؤولية الطبيب.

الأمر الثاني: العمل على توفير الحرية والطمأنينة اللازمة للأطباء في معالجة مرضاهم، وجعلهم يمارسون مهنتهم في جو من الثقة والارتياح، فالطبيب الذي يدرك ويشعر أنه في كل وقت معرض للمساءلة، لا يستطيع أن يمارس مهنته ويبدع في عمله الطبي، كلما فكر في ذلك يتهرب من القيام بالتدخل الطبي على جسم المريض خشية الوقوع في خطأ مما يرتب المسؤولية، فوضع القيود على الممارسة الطبية سيؤدي به إلى التخوف والإحجام على الإقدام لعلاج المريض واستعمال الطرق اللازمة لتشخيص المرض وتقديم العلاج.

يتعين الانتباه إلى وجود كفتان أو مصلحتان جديرتان بالحماية وأنه يتطلب الأمر الدقة والتمعن في تحقيق التوازن بينهما.

ساهمت الأسباب المتقدمة في تطوير قواعد المسؤولية الطبية وبروز أركانها المتمثلة في خطأ الطبيب والضرر الذي يصيب المريض وعلاقة السببية بينهما.

تعتبر العلاقة بين الطبيب والمريض علاقة إنسانية قبل أن تكون علاقة قانونية لذا فالمسؤولية الأخلاقية للطبيب أسبق من مسؤوليته القانونية، والمريض الذي يسلم أمور جسمه لرعاية الطبيب وعنايته ويضع نفسه كليا تحت تصرف هذا الأخير، هو طرف ضعيف في هذه العلاقة، كونه يجهل ما يتضمنه التدخل الطبي .

الملاحظ أن الأخطاء الطبية ليست وليدة الساعة، بل لازمت الطب منذ قديم الأزمنة ولعل أقدم التشريعات التي اهتمت بها نجد" **تشريع حمورابي**"، حيث نصت المواد من 218-223 على سلوكيات الممارسة الطبية للأطباء والجزاءات المترتبة عنها، فنصت المادة 218 على انه إذا أجرى الطبيب عملية لرجل حر وتسبب في وفاته فعليهم قطع يد الطبيب، كما جاء في المادة 219 أنه إذا أجرى الطبيب عملية لعبد وتسبب في وفاته فعليه أن يعوض صاحبه بعبد آخر أو بقيمته، وأضاف في المادة 120 بأنه إذا فتح الطبيب محجر عين واتلف العين فعليه أن يدفع قيمتها فضة [1] .

تدل المواد الأنفة الذكر دلالة صريحة على وجود ضوابط منذ قرون كانت تحد من سلوكيات الأطباء وتحملهم مسؤولية أخطائهم المهنية أثناء الممارسة ذلك أن العقوبة القاسية التي قررتها تلك المواد من شريعة حمورابي قد تصل إلى قطع اليد مما جعل الطبيب آنذاك يفكر بإمعان وتبصر قبل الإقدام على إجراء عملية جراحية للمريض هي في حكم الفاشلة ليفقد يده من ورائها.

التشريع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى لم يعرف الخطأ سواء في القانون المدني أو القوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب وإن اقتصرت هذه الأخيرة على تحديد التزامات الطبيب تاركا هذا الأمر لاجتهاد فقهاء القانون والقضاء.

تعتبر المسؤولية القانونية الناجمة عن الخطأ الطبي ذات طبيعة متنوعة، فالطبيب المخطئ يمكن أن يجد نفسه أمام عدة مسؤوليات مختلفة، فإذا اعتبر فعل الطبيب على أنه عمل إجرامي في هذه الحالة يكيف خطئه على أساس أنه خطأ جنائي، تتولى النيابة العامة تحريك الدعوى الجزائية ضده وطلب توقيع العقوبة المناسبة، وللمضرور رفع دعوى مدنية بالتبعية للمطالبة بالتعويض.

يتعرض للمساءلة التأديبية من طرف الجهات الإدارية أو الهيئات التي يتبعها إذا خالف واجب من الواجبات المهنية المفروضة عليه، حيث يمكن للسلطات التأديبية

---

[1]- علي بداوي، الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر،(د، تا)، ص30.

المنصوص عليها في القوانين الخاصة بتأديب الأطباء بالنسبة للأخطاء التأديبية التي يرتكبونها بمناسبة عملهم، ويتم توقيع الجزاءات التأديبية المنصوص عليها في نظمهم الوظيفية.

أما بالنسبة للمسؤولية المدنية فتتمثل في جبر الضرر الذي أصاب المريض المضرور سواء كان ضررا ماديا أو معنويا، إذ أن خطأ الطبيب أثناء تدخله على جسم هذا المريض سواء بالعلاج أو بإجراء عملية جراحية يستوجب المساءلة المدنية.

يبقى موضوع الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية من المواضيع المهمة والصعبة والشائكة، فهو مهم نظرا لأهمية المهنة الطبية وارتباطها الوثيق الصلة بحياة الإنسان وسلامة أعضاء جسده، وما تجسده هذه المهنة من طابع فني محض ينفرد به الطبيب أو الجراح بسائر الجسم البشري، وهو موضوع صعب لأنه يتعلق بأعلى قيمة في هذا الوجود وهي قيمة الإنسان وسلامة جسده، وهو موضوع شائك لأنه محاولة تعد بمثابة نداء يهدف إلى توجيه الفكر القانوني والنظر إلى أن المسؤولية المدنية الناجمة عن خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي إذا كانت وظيفتها جبر الضرر، فإن الدافع الأساسي من تأكيدها هو الالتزام بضمان السلامة.

يكمن سبب دراسة هذا الموضوع، في الأهمية التي يكتسيها على ثلاث أصعدة النظري الفقهي والتطبيقي القضائي، واتصاله بالقانون والطب معا. وتحديد طبيعة الخطأ الموجب للمسؤولية الطبية ودرجته. كما يكمن الدافع إلى معالجة هذا الموضوع أيضا إلى التمييز بين الأخطاء الطبية ذات الطابع الإنساني التي تصدر من الطبيب أثناء التدخل وبين الأخطاء ذات الطابع الفني.

إذا كانت المسؤولية المدنية للطبيب صورة من صور المسؤولية المدنية بوجه عام فهذا الأمر يتطلب البحث في طبيعة المسؤولية المدنية التي يتعرض لها الطبيب فيما إذا كانت عقدية وبالتالي الاعتراف بوجود عقد طبي بين أطراف العلاقة، أو تقصيرية، تخضع تارة للقواعد العامة وتارة أخرى لقواعد خاصة .

تجدر الإشارة إلى أنه في السابق كانت الدعاوى المرفوعة ضد الأطباء بسبب أخطاءهم نادرة جدا، أما في الوقت الحالي وعندما تجردت العلاقة بين الأطباء والمرضى من الصفة الشخصية والإنسانية، وأمام سعي الأطباء إلى جعلها ذات طبيعة تجارية خاصة مع ظهور العيادات الخاصة والأطباء الخواص، تزايدت وتنوعت معها دعاوى المسؤولية الطبية.

في غياب نصوص قانونية صريحة تخص وتهتم بموضوع خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، وأمام كثرة وتنوع الأخطاء الناجمة عن هذا التدخل، استوجب البحث عن **مدى كفاية تطبيق القواعد العامة لمساءلة الطبيب عن خطئه أثناء التدخل الطبي وتحديد مسؤوليته المدنية؟**

باعتبار خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي ركن جوهري لقيام مسؤوليته المدنية، يجعل وجود ارتباط وثيق بالعمل الطبي، ليتم البحث في تحديد خطأ الطبيب في إطار هذه العلاقة طبقا للأحكام العامة **(الفصل الأول)**، تسفر هذه الدراسة إلى تحديد الآثار المترتبة عن خطأ الطبيب أثناء وعبر مختلف مراحل التدخل في تحديد طبيعة المسؤولية المدنية كأساس لتعويض المضرور **(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول

تحديد خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي

لا تختلف المسؤولية الطبية من حيث أركانها عن المسؤولية بوجه عام، فلا تقوم إلا إذا توفرت أركان ثلاث من خطأ، ضرر، وعلاقة السببية بينهما.

لا شك أن ثمة أهمية كبيرة لعنصر الخطأ في المسؤولية، فهي تدور معه وجودا وعدما، ويتجلى ذلك في المسؤولية المدنية عموما، مما يجعلنا أيضا نسلم بأن هذا الركن له أهمية بالغة في المسؤولية الطبية على وجه الخصوص.

يعتبر الخطأ الطبي أحد أوجه الخطأ المهني، باعتباره ذلك الفعل الذي يرتكبه أصحاب المهن أثناء ممارستهم لمهنهم، ويخرجون في ذلك عن السلوك المهني المألوف وعن الأصول المعمول بها والمستقر عليها لدى أصحاب تلك المهنة.

يبقى للخطأ الطبي مميزات خاصة به، باعتباره متصلا بممارسة مهنة من أصعب وأخطر المهن، فنشاط الطبيب متصل بجسم وحياة الإنسان، وهو غير معصوم من الخطأ أثناء تدخله لعلاج المريض، فقد يرتكب أخطاء في نطاق هذا العمل تستوجب مساءلته.

تقتضي دراسة خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي الإحاطة بكافة الجوانب المتعلقة به، لذا لابد من تحديد الارتباط بينه وبين العمل الطبي الممارس على جسم المريض ومن ثم تحديد مفهومه **(مبحث أول)**، وباعتبار العمل الطبي الذي يباشره الطبيب أثناء هذا التدخل له علاقة وطيدة بأخلاقيات الطب وبالفن الطبي من جهة، ومن جهة أخرى فهو يمر بمراحل، فهذا يعني أن خطأ الطبيب يتخذ صور متعددة **(مبحث ثاني)**.

المبحث الأول

ارتباط خطأ الطبيب بالعمل الطبي

يتصل عمل الطبيب بسلامة جسم الإنسان وحياته، وحيثما كان العمل كان هناك احتمال لوقوع الخطأ، فلا عصمة للبشر العاديين منه، والطبيب واحد من هؤلاء البشر، فالخطأ يمكن أن يقع منه أثناء ممارسته للعمل الطبي، بمخالفته للقواعد والأصول الطبية وقت تنفيذه للعمل الطبي، وحصول ضرر للمريض من جراء ذلك المسلك هو الأساس الذي يرتب نشوء خطأ الطبيب، فما مفهوم العمل الطبي؟ **(مطلب أول).**

لا يطلق لفظ المسؤول على أي شخص إلا في حالة ارتكابه خطأ، وبالتالي لا يمكن أن نعتبر الطبيب قد أخطأ أثناء ممارسته للعمل الطبي، إلا إذا أخل بالتزاماته الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، أو تلك التي يفرضها عليه القانون، وللوصول إلى ذلك لا بد من استعمال معيار على أساسه يقاس سلوك الطبيب المخطئ وظروف ارتكابه والنظر في طبيعة هذا الخطأ من حيث تدرجه، ومدى اتصاله بالفن الطبي، ومكان ارتكابه، كلها أمور يستعين بها الفقه والقضاء لتحديد مفهوم هذا الخطأ **(مطلب ثاني).**

المطلب الأول

مفهوم العمل الطبي

يرتبط خطأ الطبيب أثناء تدخله ارتباطا وثيقا بطبيعة ونوع التصرف الطبي الذي يباشره على المريض، لذا لا بد من تحديد العمل الطبي الذي يمكن أن يسأل عنه إن هو ارتكب خطأ، كما يكتسب تحديد العمل الطبي أهمية بالغة في تحديد الوقت الذي يسأل فيه الطبيب عن خطئه، فإذا اعتبرنا أن هذا العمل يقتصر على مرحلة العلاج دون غيرها، فإن الطبيب لا يسأل عن الأخطاء التي يرتكبها في المرحلة السابقة أو اللاحقة للعلاج، لذا من الضروري تعريف العمل الطبي **(فرع أول)**، وتحديد مختلف المراحل التي يمر بها **(فرع ثان)**، ولإباحة هذا العمل لا بد من توافر شروط مشروعية تجعل تدخل الطبيب على جسم المريض أمر جائز **(فرع ثالث).**

الفرع الأول

تعريف العمل الطبي

رغم صراحة النصوص الواردة في القوانين التي تتعلق بممارسة المهنة الطبية من ذكرها لاصطلاح العمل الطبي، إلا أنها أغفلت وضع تعريف له، ومن ثم فقد تصدى الفقه لهذه المسألة في محاولة لوضع تعريف للعمل الطبي**(أولا)**، كما كان للتشريع**(ثانيا)** ولأحكام القضاء دور في إبرازه**(ثالثا)**.

أولا- الفقه بين مضيق وموسع للعمل الطبي

اهتم الفقه بوضع تعريف ملائم للعمل الطبي، حيث اختلفت الآراء الفقهية حيال تعريفها، أدى إلى بروز اتجاهين، تبنى الأول تعريفا ضيقا، حيث قصر مفهوم العمل الطبي على العلاج، في حين وسع الاتجاه الثاني من نطاق هذا العمل.

1- الاتجاه المضيق للعمل الطبي

ضيق هذا الاتجاه من تعريف العمل الطبي على مرحلة العلاج، ومن بين هؤلاء الفقهاء، الأستاذ سافاتييه **SAVATIER** في شرحه للقانون الطبي الذي عرفه على أنه:

" **العمل الذي يقوم به شخص متخصص من اجل شفاء الغير، والذي يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب، فاللجوء إلى العلم من اجل شفاء المريض هو الذي يميز الطب عن الشعوذة** "[1].

ذهب رأي أخر إلى أن العمل الطبي:

" **كل نشاط يتفق في كيفية وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، و يتجه في ذاته وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض**"[2].

---

[1]– د/ رمضان جمال كامل، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005 ص 23.

[2]– د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 19. أنظر أيضا د/ محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 6.

حاول هذا الاتجاه إيجاد تعريف دقيق وشامل للعمل الطبي، لكن يعاب عليه كونه قصر العمل الطبي على العلاج، دون ذكره للأعمال الطبية الأخرى التي تكون الغاية منها المحافظة على صحة وسلامة جسم الإنسان، كما أنها أغفلت الإشارة إلى مراحل العمل الطبية الأخرى سواء السابقة للعلاج كالفحص و التشخيص أو اللاحقة له كالرقابة.

أدت الأسباب السالفة الذكر إلى ظهور اتجاه آخر من الفقه يوسع من نطاق العمل الطبي، ويرى أن هذا الأخير يشمل مراحل متعددة تتمثل في الفحص، التشخيص، العلاج والرقابة .

2- الاتجاه الموسع للعمل الطبي

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مفهوم العمل الطبي يشمل جميع مراحله، من فحص وتشخيص وعلاج، وهذا ما نلمسه من التعريفات التي قيلت في هذا الشأن، ونذكر منها تعريف الدكتور محمود نجيب الحسيني على أنه:

" ذلك النشاط الذي يتفق في كيفيته وظروف مباشرته مع القواعد المقررة في علم الطب، ويتجه في ذاته، أي وفق المجرى العادي للأمور إلى شفاء المريض، والأصل في العمل الطبي أن يكون علاجيا، أي يستهدف التخلص من المرض أو تخفيف حدته، أو مجرد تخفيف ألامه، ولكن يعد كذلك من الأعمال الطبية ما يستهدف الكشف عن أسباب سوء الصحة أو مجرد الوقاية من المرض" [1].

كما عرف على أن:

"الأعمال الطبية تشمل جميع حالات التدخل الطبي لتحسين الحالة الصحية للمريض أو عضو من أعضاءه، ولذلك فهي تشمل أعمال الجراحة وأيضا طب التجميل، كما تشمل جميع الأعمال الأخرى اللازمة لمزاولة المهنة كحيازة المواد المخدرة التي يتطلبها العلاج أو التدخل الجراحي" [2].

[1]– د/ سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعديهم مدنيا وجنائيا وتأديبيا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص12.

[2]– د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص21.

ويعتبر التعريف الذي قدمه الدكتور أسامة عبد الله قايد تعريفا شاملا وراجحا إذ عرفه على أنه: " **كل نشاط يرد على جسم الإنسان أو نفسه، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب، ويقوم به طبيب مصرح له قانونا به، بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه لتحقيق الشفاء أو تخفيف آلام المرضى أو الحد منها، أو منع المرض، أو يهدف إلى المحافظة على صحة الأفراد أو تحقيق مصلحة اجتماعية شريطة توفر رضاء من يجرى عليه هذا العمل** "[1].

يفهم من خلال التعريف السابق أن العمل الطبي يمارسه رجل متخصص في علوم الطب، فاشترط صفة الطبيب فيمن يزاول هذا النشاط على جسم المريض وبرضاء هذا الأخير، فيقوم بفحص المريض وتشخيص المرض وتحديد نوع العلاج، على أن يكون ذلك متفقا مع الأصول العلمية الحديثة والقواعد المتعارف والمتفق عليها نظريا وعمليا بين أسرة الأطباء [2].

تجدر الإشارة إلى أنه كل ما يتصل اتصالا مباشرا بالأصول الفنية لعلم الطب وبالحقائق الثابتة لذلك كان عملا فنيا والإخلال والتقصير فيه يعتبر خطأ فنيا، أما إذا كان العمل الطبي لا يتصل بهذه الأصول أو بتلك الحقائق كان عملا عاديا والتقصير فيه يعتبر خطأ عاديا، وتتجلى أهمية التفرقة بين الخطأ الفني والعادي في العمل الطبي إلى اختلاف درجة المسؤولية المقررة لكل منهما.

لم يرد في كتب الفقه الإسلامي تعريف مستقل للعمل الطبي، لكن وردت تعريفات متعددة للطب كمهنة أو صناعة تعمل على علاج المريض، وإزالة العلة عنه أو على الأقل تخفيفها، كما وردت تعريفات متعددة للطبيب باعتباره القائم بهذه المهنة [3].

---

[1]– د/ أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للطبيب، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987،ص 55.

[2]– تعني الأصول العلمية المبادئ الأساسية في علم الطب والتي يجب على كل طبيب أن يلم بها، أما القواعد المتعارف عليها عمليا فهي تلك القواعد التي استقر عليها العلماء وجرى العرف الطبي على إتباعها بين الأطباء.

أنظر: غنيمة قنيف، التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص 39.

[3]– د/ هشام محمد مجاهد القاضي، الامتناع عن علاج المريض، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 69.

ثانيا: التعريف التشريعي للعمل الطبي

نحاول الوقوف عند كل من التشريعين الفرنسي والمصري، ثم موقف التشريع الجزائري.

1- العمل الطبي في التشريع الفرنسي

كان نطاق العمل الطبي وفقا لنصوص القانون رقم 35 لسنة 1892 يقتصر على مرحلة العلاج فحسب، ومع صدور قانون الصحة العامة في 24 ديسمبر1945 المعدل بالمرسوم الصادر في 15 أكتوبر 1953، أصبح العمل الطبي يشمل مرحلتي الفحص والتشخيص إلى جانب مرحلة العلاج، وهو ما يستفاد ضمنيا من المادة 372 (1)، ومفاد هذا النص أن العمل الطبي في مفهوم هذا القانون يشمل التشخيص والعلاج.

2- العمل الطبي في التشريع المصري

حذا المشرع المصري حذو المشرع الفرنسي فيما يتعلق بتحديد العمل الطبي، فلم ينص بصريح العبارة على تعريف دقيق له، بل إكتفى بالإشارة إليه في سياق النص على شروط مزاولة مهنة الطب (2) .

نصت المادة الأولى من القانون 415 لسنة 1954 المتعلق بمزاولة مهنة الطب عما يلي: **" لا يجوز لأحد إبداء مشورة طبية أو عيادة مريض أو إجراء عملية جراحية أو مباشرة ولادة، أو وصف أدوية، أو علاج مريض، أو أخذ عينة من العينات التي تحدد بقرار من وزير الصحة العمومية من جسم المرضى الآدميين للتشخيص الطبي المعملي بأية طريقة كانت، أو وصف نظارات طبية، وبوجه عام مزاولة مهنة الطب بأية صفة كانت إلا إذا كان مصريا..." (3).**

---

[1]– Art 372 « **Exercice illégalement de la médecine :**

Tout personne qui prend part habituellement ou par direction même en présence d'un médecin a l'établissement d'un diagnostic ou traitement de maladies ».

نقلا عن د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 7.

[2]- د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 51.

[3] - نقلا عن د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 8.

يفهم من نص المادة السالفة الذكر، أن العمل الطبي في التشريع المصري يشمل التشخيص و العلاج العادي، والعمليات الجراحية ووصف الأدوية وأخذ العينات أو أي عمل أخر يعد طبيا.

3 – موقف المشرع الجزائري

يظهر موقف المشرع الجزائري من العمل الطبي من خلال القوانين الصادرة في مجال الصحة، وأهمها القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها[1]، الذي نص في المادة 8 منه عما يلي: **"يشمل العلاج الصحي الكامل ما ياتي:**

- **الوقاية من الإمراض في جميع المستويات،**
- **تشخيص المرض وعلاجه،**
- **إعادة تكييف المرضى،**
- **التربية الصحية".**

كذلك نص في المادة 195 من القانون أعلاه عما يلي:" **يتعين على الأطباء والصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:**

السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم...".

كما نصت المادة 3/196 من نفس القانون على: "**... المشاركة في أعمال وقاية السكان وتربيتهم الصحية...".**

كما يلاحظ أن المادة 16 من المرسوم التنفيذي 92-276 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب[2] تنص عما يلي:

"يخول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية".

---

[1]- قانون رقم 85-05، مؤرخ في26 جمادى الأول عام 1405 الموافق ل 16 فيفري 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 08 الصادرة في 17 فبراير سنة 1985، معدل ومتمم، الذي ألغى أمر رقم 76-79، مؤرخ في 23 أكتوبر 1976، يتضمن قانون الصحة العمومية، ج.ر عدد 101 لسنة 1976.

[2]- مرسوم تنفيذي رقم 92-276، المؤرخ في 06 جويلية 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج. رعدد52 الصادرة في 08 يوليو 1952.

يظهر موقف المشرع الجزائري بوضوح أكثر من خلال المرسومين التنفيذيين رقم 91-106 [1] ورقم 91-471 [2]، يتعلق الأول بالقانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، حيث أورد في المواد 19،21 و54 مهام الأطباء وجراحي الأسنان والأطباء المتخصصين، ويمكن إجمال هذه المهام في التشخيص والعلاج والوقاية العامة وعلم الأوبئة والتربية الصحية والخبرة الطبية والتحليلات الطبية والبحوث في المخابر، كما أورد المرسوم الثاني المهام نفسها في المواد 18، 19، 20 .

نخلص من خلال استقراء المواد السالف ذكرها، أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي والمصري، واستفاد من تطور قضاءهما، حيث نص في مختلف القوانين المتعلقة بالممارسة الطبية على أن العمل الطبي يشمل التشخيص والعلاج والوقاية، وكل الأعمال الطبية الأخرى المتعلقة بالجراحة والتحاليل الطبية، فلم يوردها على سبيل الحصر.

ثالثا- موقف القضاء من العمل الطبي

نظرا لغياب أحكام عن القضاء الجزائري، نحاول الوقوف عند أحكام القضائين الفرنسي والمصري.

1- موقف القضاء الفرنسي

يتبين من خلال أحكام القضاء الفرنسي أن تعريف العمل الطبي قد تطور تطورا ملحوظا، فقد كان ينظر إلى العمل الطبي على أنه عمل علاجي فقط، وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يعد مرتكبا لجريمة الممارسة الطبية غير المشروعة لمهنة الطب من يقوم بعلاج المرضى دون أن يكون مرخصا له بذلك، وهو الحكم الصادر في 20 جوان 1929 [3]، وما لبث أن تطورت نظرة القضاء الفرنسي في أحكامه، حيث

---

[1]- مرسوم تنفيذي رقم 91-106، المؤرخ في 27 أفريل 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج ر عدد 22 لسنة 1991.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 91-471، المؤرخ في 07 ديسمبر 1991، المتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج ر عدد66 لسنة 1991.

[3]– د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 40.

توصل إلى أن العمل الطبي يشمل إلى جانب العلاج، التشخيص [1]. استمر القضاء الفرنسي في تطوره إلى أن وصل إلى أن العمل الطبي يشمل أيضا الفحوصات والتحاليل الطبية. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 27 ماي 1957 بمعاقبة من يقوم بإجراء الفحوص الطبية والتحاليل أو التشخيص أو علاج الأمراض بدون ترخيص [2].

2- موقف القضاء المصري

كان مفهوم العمل الطبي في أحكام القضاء المصري قديما مقتصرا على التشخيص والعلاج، وتطبيقا لذلك قضت المحاكم المختلطة المصرية بأن مسؤولية الطبيب عن خطئه في التشخيص والعلاج لا تقوم إلا بتوفر الخطأ الجسيم[3].

كان لتطور مفهوم العمل الطبي في التشريع المصري أثره في اتساع نطاق هذا العمل في أحكام القضاء المصري، فإلى جانب التشخيص والعلاج، أصبح يشمل إجراء العمليات الجراحية ووصف الأدوية، و إعطاء الاستشارات الطبية والعقاقير[4].

قضت محكمة النقض المصرية بخصوص جراحة التجميل بأن جراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أنه ملزم ببذل عناية من نوع خاص، فالعناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، علما أن جراحة التجميل لا يكون الغرض من إجرائها شفاء المريض من علة معينة في جسده وإنما إصلاح تشويه لا يعرض حياته للخطر[5].

---

[1]– د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 8.

[2]– Cass.crim 27 mai 1957.

نقلا عن د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص58.

[3]– د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 10.

[4]– د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص126.

[5]– د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 27.

الفرع الثاني
نطاق العمل الطبي

استقر كل من الفقه والقضاء على أن العمل الطبي هو ذلك النشاط الذي يأتيه طبيب متخصص مرخص له بمزاولة مهنة الطب على جسم المريض، من أجل شفاءه أو على الأقل التخفيف من ألامه، على أن يكون ذلك متفقا مع الأصول العلمية الحديثة والقواعد المتفق عليها نظريا وعمليا بين أهل الطب، وأن يكون برضاء من يجرى العمل الطبي على جسده، وهذا النشاط يمر بجملة من المراحل لكل منها ضوابطها وخصوصياتها.

يمر العمل الطبي بمراحل مختلفة، فهو يبدأ بفحص المريض وتشخيص العلة التي يعاني منها **(أولا)**، وبعد الانتهاء من التشخيص يقوم الطبيب بوصف العلاج الذي يراه مناسبا بتقديم وصفة طبية للمريض، وفي حالات معينة يكون العلاج جراحيا **(ثانيا)**، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة الرقابة العلاجية بعد تناول المريض للأدوية أو بعد تنفيذ العملية الجراحية **(ثالثا)**.

أولا: مرحلة الفحص الطبي والتشخيص

يصعب التفرقة من حيث الزمان بين مرحلة الفحص الطبي وتشخيص المرض، باعتبارهما تتمان في أغلب الأحيان في وقت واحد، لذلك نتطرق إليهما ونستنتج الفرق الموجود بينهما.

1- مرحلة الفحص الطبي

يعتبر الفحص الطبي بداية العمل الطبي الذي يقوم به الطبيب، ويتمثل في فحص الحالة الصحية للمريض، بفحصه فحصا ظاهريا، وذلك بملاحظة العلامات والدلائل الإكلينيكية كمظهر المريض وجسمه، وقد يستعين الطبيب في الفحص ببعض الأجهزة البسيطة مثل السماعة الطبية، وجهاز ضغط الدم[1]، وقد يلجأ الطبيب أحيانا إلى استخدام

---

[1]– د/ أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص 241.

يده أو أذنه وعينيه[1]، وتكمن الغاية من هذا الفحص في التحقق من وجود دلائل أو ظواهر معينة تساعده في وضع التشخيص المناسب للمرض.

يستطيع الطبيب في حالة عدم القدرة للوصول إلى تشخيص المرض عن طريق الأدوات البسيطة، أن يلجأ إلى إجراء فحوصات أكثر دقة وعمق، كالتحاليل الطبية والأشعة ورسام القلب والمناظير الطبية [2].

يتم الفحص الطبي عبر مرحلتين، تتمثل الأولى في الفحص الطبي التمهيدي، يقوم فيها الطبيب بإجراء الفحص مستخدما يديه أو عينيه أو بعض الأجهزة الطبية البسيطة، أما الثانية وهي مرحلة الفحص الطبي التكميلي، يقوم فيها باستعمال أدوات طبية أكثر تطورا، كالتحاليل والأشعة، ورسام القلب والدماغ[3]. تعتبر القاعدة العامة والمستقر عليها أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية والتكميلية يشكل إهمالا، وبالتالي يقترف خطأ، ويساءل إذا نتج عن هذا الإهمال ضرر بالمريض [4].

2- مرحلة التشخيص

يؤدي التشخيص إلى التحقق من وجود مرض معين، في حين لا يؤدي الفحص إلى نتيجة معينة، فهو عبارة عن إثبات أو التحقق من وجود دلائل و ظواهر معينة، أما ترجمة هذه الدلائل لاستخلاص نتائج منها فهو تشخيص.

يقصد بالتشخيص تحديد نوع المرض أو العلة التي يشكو منها المريض، وهي مرحلة تالية لمرحلة الفحص الطبي، فيها يقوم الطبيب باستخلاص النتائج التي تبينت له من خلال الفحوص الأولية، أو من تفسيره للأعراض المختلفة التي ظهرت على المريض، وذلك وفقا للمعطيات العلمية، بغية تحديد نوع المرض الذي يشكو منه المريض، تمهيدا لوصف ومباشرة العلاج الملائم له.

---

[1]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 29. أنظر كذلك د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 61. د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 241.

[2]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع نفسه، ص 29.

[3]- د/ هشام عبد الحميد فرج، الأخطاء الطبية، دار الفجر للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2007، ص 115.

[4]- د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 243.

وردت مفاهيم عديدة للتشخيص سواء في الفقه أوفي أحكام القضاء الفرنسي، فعرفه الفقيه سافاتييه SAVATIER بأنه:

" **العمل الذي يشتمل على بحث و تحديد الأمراض و الإصابات الجراحية عند شخص المريض**" [1].

كذلك ذهبت المحاكم الفرنسية في إحدى أحكامها إلى القول أن التشخيص هو:

"**العمل الذي يبحث و يحدد الأمراض بعد معرفة أعراضها**" [2]، فيتطلب التشخيص الذي يقوم به الطبيب توافر شرطان يتمثل الأول في المعرفة العلمية، والثاني هو البحث لتحديد نوع المرض[3]، إذ يقتضي شرط المعرفة العلمية أن يكون الطبيب عالما بالمبادئ الأولية للطب والمتفق عليها من قبل المزاولين للمهنة، أما شرط البحث فيتعين على كل طبيب أن يهتم ويقوم بإجراء الأبحاث والأعمال الواجبة عليه حتى يستطيع تحديد نوع المرض، كما يتعين عليه عدم استعمال الوسائل العلمية المهجورة.

نلاحظ أن تشخيص الداء أو العلة التي يشكو منها المريض له أثرا بالغا ومهما في نتائج العلاج أو التدخل الجراحي، فالتشخيص على جانب كبير من الدقة والأهمية في العلاقة بين الطبيب والمريض، والسبب في هذه الأهمية وتلك الدقة هو أن أي خطأ في التشخيص لا بد وأن ينعكس أثاره على العلاج أو العمل الجراحي، فسوء التشخيص تظهر أثاره في المرحلة العلاجية.

يؤدي الخطأ في التشخيص حتما إلى الخطأ في العلاج أو التدخل الجراحي، وفي كثير من الأحيان يؤدي إلى وضع حد لحياة الإنسان أو إصابته بعاهة، كل هذا يؤدي إلى مساءلة الطبيب الذي كان تشخيصه غير سليم، إذ يتعين على المريض أن يخبر طبيبه بكافة الأعراض المرضية التي يشكو منها، وأن لا يتعمد إلى تضليله في وصفه لها، ويجيب بدقة على الأسئلة التي يطرحها عليه الطبيب بوضوح، ولا يكون الطبيب مسؤولا

---

[1]- د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 62.

[2]- Trib Aix en Provence.6 mai 1954, Gaz Pal, 1954.1.381

نقلا عن د/ أسامة عبد الله قايد، المرجع نفسه، ص 62.

[3]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 30.

عن أي خطأ في التشخيص إذا ثبت أن خطأه يرجع إلى المعلومات غير الصحيحة التي صرح بها المريض[1] .

ثانيا: مرحلة العلاج

يعتبر العلاج المرحلة التي تلي مباشرة مرحلة التشخيص، فيها يصف الطبيب ويحدد طريقة العلاج الملائمة لنوعية المرض وطبيعته، ويدرس الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء أو التخفيف من ألامه متى أمكن ذلك ويتمتع الطبيب في سبيل ذلك بحرية واسعة، وهذه الحرية تعتبر من المبادئ الأساسية في مهنة الطب [2].

عرف الإسلام العلاج قبل أن تعرفه القوانين الوضعية بعدة قرون، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: **" تداووا عباد الله فإن الله لم يضع داء إلا وضع له شفاء "**، وهذا يدل دلالة واضحة على أن الإسلام عرف العلاج كعنصر من عناصر العمل الطبي، يعتمد على الدواء لا على السحر يقوم به طبيب لا كاهن [3].

يلتزم الطبيب ببذل العناية اللازمة في مرحلة التشخيص، وعليه أيضا أن يلتزم ببذل العناية والجهود الصادقة في وصف العلاج اللازم، ولا يسأل الطبيب عن الطريقة التي يتبعها في العلاج، طالما يراها حسب معرفته و تجاربه، أنها أكثر ملائمة للحالة المرضية التي يعالجها[4].

لم ينص المشرع الفرنسي على تعريف للعلاج في أي قانون من القوانين الخاصة بالمهن الطبية منذ سنة 1892 تاريخ صدور أول قانون لتنظيم مهنة الطب في فرنسا، وقد إكتفى المشرع بالنص على اصطلاح "العلاج" في المادة 372[5] .

---

[1]- د/ بهاء بهيج شكري، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 341.

[2]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص265.

[3]- د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 67.

[4]- د/ بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص 343.

[5]- أنظر المادة 372 المذكورة في هامش الصفحة 17 .

حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي، فلم ينص على تعريف للعلاج، سواء في قانون الصحة أو مدونة أخلاقيات الطب، ولا حتى في القوانين الأخرى المتعلقة بالممارسة الطبية، بل ذكر هذا الاصطلاح في بعض مواده، فمثلا المادة 16 [(1)]من مدونة أخلاقيات الطب، والمادة 195[(2)] من قانون حماية الصحة وترقيتها.

إن تقديم الوصفة الطبية جزء لا يتجزء من مرحلة العلاج، والوصفة ورقة يحررها الطبيب يثبت فيها بصورة واضحة ما انتهى إليه بعد الفحص والتشخيص، وبيان العلاج الذي وصفه للمريض وطريقة استعماله ومدته[(3)]، وتعد الوصفة الطبية الوثيقة الوحيدة التي تثبت وجود العلاقة بين الطبيب والمريض.

ثالثا: مرحلة الرقابة

لا يتوقف التزام الطبيب عند مجرد وصف العلاج أو إجراء العملية الجراحية إذ يمتد التزامه بالعناية بالمريض عقب ذلك، وتظهر هذه المرحلة خاصة بعد التدخل الجراحي لما يكون لهذه الفترة من أهمية في نجاحها أو فشلها.

لم يرد في قانون مزاولة مهنة الطب سواء الفرنسي أو المصري، ولا حتى الجزائري نص على الرقابة العلاجية، إلا أن القضاء استقر على إبراز أهمية التزام الجراح بمراعاة المريض ومتابعة حالته وتطورها وإعطاء الأوامر والتوجيهات اللازمة بشأنه بعد تمام العملية الجراحية[(4)]، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية الجراح بسبب إهماله العناية بالمريض بعد إجرائه العملية الجراحية، وحكمت بمسؤولية جراح التجميل بسبب إهماله رقابة مريضه بعد إجراء جراحة تجميلية له [(5)].

---

[1]- المادة 16 من (م أ ط) تنص عما يلي:"

"يخول الطبيب أو جراح الأسنان القيام بكل أعمال التشخيص والوقاية والعلاج ولا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم علاجا أو يواصله أو يقدم وصفات في ميادين تتجاوز اختصاصاته أو إمكانياته إلا في الحالات الاستثنائية."

[2]- المادة 195 من (ق ح ص ت) تنص عما يلي:

"يتعين على الأطباء و الصيادلة وجراحي الأسنان القيام بما يأتي:

السهر على حماية صحة السكان بتقديم العلاج الطبي الملائم... ."

[3]- د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص69.

[4]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 37.

[5]- Cour de Cass, Ch Crim, 9 novembre 1977. G.P. 1978-2-233

مشار إليه لدى د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 73.

الفرع الثالث

شروط مشروعية التدخل الطبي

يعتبر التدخل الطبي الذي يجريه الطبيب على جسد المريض من بين الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم جواز المساس بجسم الإنسان لذلك يفرض المشرع من خلال النصوص المنظمة لمهنة الطب، أن تتوفر في من يمس بجسم المريض وصحته، ضرورة توفر جملة من الشروط التي تضفي على تدخله الطبي صفة المشروعية[1]، وتتمثل هذه الشروط في الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب **(أولا)** وأن يوافق المريض على هذا التدخل الطبي**(ثانيا)**، وأن يكون تدخل الطبيب بقصد العلاج **(ثالثا)**، مع مراعاته للأصول الطبية العلمية لممارسة مهنة الطب **(رابعا)**.

أولا: الترخيص القانوني لمزاولة مهنة الطب

يشترط لإباحة التدخل الطبي، أن يكون قد صدر ترخيصا للشخص الذي يمارس ذلك العمل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي، ذلك أن عمل الطبيب في مختلف تخصصاته يمارس على صحة وحياة البشر وعلى أجسادهم، لذلك تطلب القانون أن يكون من يزاول هذا العمل على قدر من الكفاية العلمية والفنية يطمئن إليها المشرع[2] .

لا يمنح القانون الترخيص، إلا إذا كان الشخص حاصلا على الدرجة العلمية التي تؤهله للقيام بالعمل الطبي، ويكون اسمه مقيدا في السجل المعد لذلك بوزارة الصحة[3] .

---

[1]- تعددت النظريات الفقهية التي قيلت لبيان أساس مشروعية العمل الطبي، فهناك من الفقه يرجعه إلى رضاء المريض بالتدخل الطبي، والبعض الأخر يرى أن أساس ذلك هو ترخيص القانون بمزاولة مهنة الطب، في حين أرجعه فريق أخر إلى المصلحة الاجتماعية المتمثلة في الحفاظ على صحة وحياة أفراد المجتمع للقيام بوظائفهم في المجتمع، كما نادي فريق أخر من الفقه إلى اعتبار أن أساس إباحة العمل الطبي وبالتالي التدخل الطبي هو الضرورة العلاجية.

أنظر د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص99.

[2]- د/ منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2004، ص 28.

[3]- يقصد بالترخيص القانوني، حصول الطبيب على ترخيص إداري لممارسة مهنة الطب يمنح له من قبل وزير الصحة، إذا تأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 197 من قانون الصحة وترقيتها التي تنص على يلي:

" تتوقف ممارسة مهنة الطب والصيدلي وجراح الأسنان على رخصة يسلمها الوزير المكلف بالصحة، بناء على الشروط التالية:

وتكمن الغاية من هذا الشرط في أن القانون لا يثق في غير من رخص لهم بالعلاج [1].

تعتبر الشريعة الإسلامية الغراء الطبيب المرخص له بمزاولة مهنة الطب، أنه العارف بتركيب البدن وجراح الأعضاء والأمراض الحادثة فيها وأسبابها وأعراضها والأدوية النافعة فيها ومن لم يكن كذلك فلا يجوز له مداواة المرضى، ولا يجوز له الإقدام على العلاج والمخاطرة فيه ولا أن يتعرض لما لا علم فيه[2].

ثانيا: رضاء المريض بالتدخل الطبي

تتوقف شرعية تدخل الطبيب لمعالجة جسم المريض على موافقته المسبقة، ويعتبر تخلف رضا المريض فقدان العمل الطبي لأحد الشروط الأساسية لمشروعيته، ويتحمل الطبيب تبعة المخاطر المترتبة عن العلاج ولو لم يرتكب أدنى خطأ في مباشرته[3] .

تزداد أهمية الحصول على رضا المريض كلما كان العلاج أو الجراحة ينطوي على كثير من الخطورة على جسم المريض أو حياته.

يجد التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض قبل التدخل الطبي مصدرا في القانون الجزائري من خلال قانون حماية الصحة وترقيتها[4]ومدونة أخلاقيات الطب[5]. ولكي يحصل الطبيب على موافقة المريض بالتدخل الطبي، لابد أن يبصر مريضه

= - أن يكون طالب هذه الرخصة، حائزا، حسب الحالة، إحدى الشهادات الجزائرية: دكتوراه في الطب أو جراح أسنان أو صيدلي، او شهادة أجنبية معترف بمعادلتها،

- أن لا يكون مصابا بعاهة أو بعلة مرضية منافية لممارسة المهنة،

- أن لا يكون قد تعرض لعقوبة مخلة بالشرف،

- أن يكون جزائري الجنسية، ويمكن استثناء هذا الشرط على أساس المعاهدات والاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر وبناء على مقرر يتخذه الوزير المكلف بالصحة".

[1]- د/ هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص 99.

[2]- د/ سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999، ص 31و32.

[3]- د/ نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996-1997، ص278.

[4]- المواد 162 و166 من ق ح ص ت.

[5]- المادة 44 من م أ ط.

ويحيطه علما بطبيعة ونوع التدخل الطبي، وكل النتائج المحتملة والضارة التي قد تنتج من هذا التدخل.

ثالثا: أن يكون التدخل الطبي بقصد العلاج

يتعين أن يكون التدخل الطبي سواء كان علاجيا أو جراحيا بقصد العلاج، فالغاية الأساسية من مزاولة العمل الطبي هي علاج المريض، وتحسين حالته الصحية، أي تخليصه من المرض أو على الأقل تخفيف ألامه، وهذا تطبيق لشرط حسن النية الذي ينبغي توافره في استعمال الحق كسبب للإباحة، لأن سلامة جسم الإنسان من النظام العام وحمايته أمر يقتضيه الصالح العام، ولا يجوز الخروج على هذا الأصل إلا إذا كان فعل المساس بسلامة الجسم يحقق فائدة للإنسان ذاته [1].

يجب أن يكون الهدف من خلال عمل الطبيب هو علاج المريض، فإذا كان هدفه غرضا أخر غير العلاج وجبت مساءلته، فتعتبر الشريعة الإسلامية مثلا الجراحة التجميلية التحسينية التي لا تتجه أصلا إلى العلاج إنما إلى تحسين المظهر، عملا غير مشروعاً مثل تجميل الأنف بتغيير شكله، أو إزالة تجاعيد الوجه، وقد دلت أحاديث على منع ذلك، عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"**...لعن الله الواصلة والمستوصلة...**" [2] .

يعتبر عملا لا يهدف الطبيب من خلاله إلى العلاج، أن يقصد من وراء تدخله إلى تحقيق الربح، ويظهر ذلك من خلال اختياره للطريقة التي تدر عليه الربح الكثير، رغم أن هناك طرق أخرى أكثر ملائمة للحالة الصحية للمريض، وفي هذا الصدد قضي بمسؤولية الطبيب الذي أقنع المريض كذبا بخطورة حالته، مما دفعه على قبول إجراء عملية جراحية لا تستدعيها حالته ذلك أنها تدر على الجراح بالربح الكبير [3].

---

[1]- د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص 29، د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 54-55، د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 62.

[2]- د/ سعيد بويزري، نظرات في قرارات المؤتمرات والمجامع الفقهية المتعلقة بالقضايا الطبية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9و10 أفريل 2008 ص 367.

[3]- فريد عيسوس، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص 50.

يعتبر كذلك من قبيل الأفعال التي يقوم بها الطبيب ولا يهدف من خلالها إلى العلاج أن يقوم الطبيب بتعطيل عضو من أعضاء شخص ليساعده على الإعفاء من أداء الخدمة العسكرية، فالهدف من ذلك هو التحايل وهو ما يجعله عمل غير مشروع[1].

رابعا: مراعاة الأصول العلمية لممارسة العمل الطبي

يتقيد الطبيب أثناء مباشرته للعمل الطبي أن يكون في حدود القواعد والأصول الطبية التي يعترف بها علم الطب، ويتبع المبادئ الأساسية التي يجب على كل طبيب الإلمام بها والتي تدل مخالفتها على جهل فاضح بأصول العلم وقواعده، فإذا أهمل الطبيب في مراعاة القواعد وترتب على ذلك سوء حالة المريض أو وفاته، كان مسؤولا[2].

قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشرط بأنه: " **من المقرر أن إباحة عمل الطبيب مشروطة أن يكون ما يجريه مطابقا للأصول العلمية المقررة، فإن أفرط في إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسؤولية...**" [3].

يسأل الطبيب عن كل مخالفة للأصول العلمية المقررة في أي تدخل طبي، فمثلا قيامه بإجراء عملية جراحية بأداة غير معقمة، أو تركه لأداة من أدوات الجراحة سهوا في بطن مريض، مما أدى إلى إجراء عملية جراحية أخرى توفى على إثرها، أو حالة قيامه بإجراء عملية جراحية دون وجود مختص في التخدير[4]، أو أن يقوم الطبيب بنقل الدم دون إجراء فحص إكلينيكي، أو ربط الحبل السري وترك الجنين بدون عناية بعد ولادته قبل الموعد العادي وتسبب ذلك في وفاته [5]، أو أن يقوم الطبيب بإجراء عملية جراحية وهو في حالة سكر[6].

---

[1] - د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص67.

[2] - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص63.

أنظر أيضا د/ يوسف سهيل الصويص، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث،(د.د.ن)، عمان، الأردن، ص 67.

[3] - نقلا عن د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص57.

[4] - د/ محمود القبلاوي، مرجع سابق، ص32.

[5] - د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص162.

[6] - د/ هشام محمد مجاهد القاضي، مرجع سابق، ص104.

يظهر إصرار المشرع الجزائري على ضرورة توفر هذا الشرط من خلال نصوص مدونة أخلاقيات مهنة الطب، فتنص المادة 30 من م أ ط عما يلي: " **يجب ألا يفشي الطبيب أو جراح الأسنان في الأوساط الطبية طريقة جديدة للتشخيص أو للعلاج غير مؤكدة دون أن يرفق عروضه بالتحفظات اللازمة ويجب ألا يذيع ذلك في الأوساط غير الطبية**".

كما تنص المادة 31 من م أ ط عما يلي:

" **لا يجوز للطبيب أو جراح الأسنان أن يقترح على مرضاه أو المقربين إليهم علاجا أو طريقة وهمية أو غير مؤكدة بما فيه الكفاية كعلاج شاف أو لا خطر فيه، وتمنع عليه كل ممارسات الشعوذة**".

خلاصة القول أنه يجب على كل طبيب أن يراعي في عمله أصول المهنة الطبية والقواعد العلمية المستقرة فيها، وأن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة، من أجل العمل على شفائه وتخليصه من ألامه التي يعاني منها، وإذا ثبت عدم إتباعه لذلك وتسبب بضرر للمريض، فسيكون محلا للمساءلة.

المطلب الثاني

مفهوم الخطأ الطبي

يعتبر الخطأ شرط ضروري لقيام المسؤولية المدنية، بل تجعل منه الأساس الذي تقوم عليه، إذ يجب على المضرور أن يتمسك بخطأ وقع من الفاعل ويقيم الدليل عليه، وبصفة عامة يخضع الخطأ الطبي[1] للمبادئ العامة للخطأ الموجب للمسؤولية المدنية لأن نصوص قوانين مزاولة مهنة الطب اقتصرت على بيان واجبات والتزامات الأطباء دون وضع الجزاءات المدنية في حالة الخروج عليها أو الإخلال بها، مما حذا بالقضاء على تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية على الأطباء **(فرع أول)**، ومتى صدر من

---

[1]- يرى الدكتور رايس محمد أن تعبير خطأ الطبيب أدق من عبارة الخطأ الطبي، إذ كثيرا ما يفهم من التعبير الأخير أنه ذلك الخطأ المرتبط بكافة الأعمال الطبية فقط دون النظر إلى صفة مرتكب الخطأ، لكن عبارة خطأ الطبيب تركز الاهتمام على مرتكب الخطأ نفسه، وهو يعني أنه خطأ منسوب إلى شخص بذاته و صفته كطبيب ، ومع ذلك نلاحظ أن رجال القانون يستعملون تارة خطأ الطبيب و تارة أخرى الخطأ الطبي للدلالة على نفس المعنى.

أنظر د/ محمد رايس ، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، الجزائر،2008، ص65 وص86.

الطبيب خطأ أثناء التدخل الطبي قامت مسؤوليته المدنية، إلا أن طبيعة هذا الخطأ تتغير تبعا لمستجدات المسؤولية الطبية **(فرع ثان)** وهذا الخطأ قد يرتكب في المستشفى العام، أو العيادة الخاصة**(فرع ثالث)**.

الفرع الأول
الخطأ الطبي وفقا للقواعد العامة

تقضي القواعد العامة بأن الإنسان يتحمل المسؤولية عن فعله الشخصي، أي عما يقع منه من أفعال ضارة، والطبيب إن أخطأ لا يخرج عن هذه القاعدة، إذ تقوم مسؤوليته تجاه مريضه متى ثبت انه ارتكب خطأ **(أولا)**، ويجب البحث في المعيار الواجب استعماله من أجل تحديد وتقدير خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي **(ثانيا)**.

أولا: تعريف الخطأ الطبي

باستقراء نصوص قوانين مزاولة مهنة الطب وأخلاقياتها ، لم نعثر على نص يقرر مسؤولية الأطباء المدنية الناجمة عن أخطائهم أثناء ممارستهم لمهنهم، أو يتعرض لبيان الخطأ في حقل الأعمال الطبية، تاركين ذلك لاجتهاد الفقه والقضاء.

1- التعريف الفقهي للخطأ في المجال الطبي

يستمد الخطأ الطبي تعريفه من الخطأ بوجه عام، لذا لا بد قبل التعريف بفكرة الخطأ الطبي، من تحليل فكرة الخطأ عامة باعتبارها أساساً للمسؤولية المدنية ككل، ثم قياس تعريف الخطأ على الخطأ الطبي، فرغم صعوبة تحديد الخطأ ومفهومه بصفة عامة، فإنه لابد من الاعتراف بأهمية تحديده، وذلك لإمكانية حل المشاكل الملموسة للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ[(1)].

إختلف الفقهاء في تعريفهم للخطأ بوجه عام، ومن ثم الخطأ في مجال الطب، ولم يفرقوا في تعريف الخطأ في المسؤولية العقدية أو التقصيرية، فالخطأ في كليهما واحد،

---

[1]- Jean (PENNEAU), Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale, presses universitaires de France, paris, 1975, p. 46.

فكثرت التعاريف وتنوعت، ولعل أبسطها ما جاء به الفقيه "بلانيول" « Planiol » حيث يقول:" الخطأ هو إخلال لالتزام سابق" [1].

إتخذ كل من الفقيهين "ريبير" و"سافاتي" « Savatier » et « Ripert » تعريف الفقيه "**بلانيول** " كأساس لتعريف الخطأ، فعرفه الأول على أنه: " **الإخلال بالتزام سابق ينشأ من العقد أو القانون أو قواعد الأخلاق**"، وعرفه الثاني على أنه: " **الإخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته**"[2].

عرفه كذلك الفقيه "مازو" Mazeaudعلى أنه :

" **انحراف في السلوك على نحو لا يرتكبه الشخص اليقظ لو أنه وجد في ذات الظروف الخارجية التي وجد فيها مرتكب الفعل**" [3].

يرى الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري أن الخطأ هو انحراف في السلوك، هو تعد من الشخص في تصرفه متجاوزا فيه الحدود التي يجب عليه الالتزام بها في سلوكه، ويكون الخطأ قصديا أو غير قصدي[4].

نلاحظ أنه بالرغم من اختلاف كل هذه التعاريف، فإنها تصب جميعها في معنى واحد هو أن الخطأ إخلال بالتزامات كان يجب على الفرد مراعاتها واحترامها، فعندما يباشر الطبيب مهنته فذلك يستلزم منه دراية خاصة، ويكون ملزما بالإحاطة بأصول فنه وقواعد علمه التي تمكنه من مباشرتها، ومتى كان جاهلا لذلك عد مخطئا.

يعتبر الخطأ الطبي صورة من صور الخطأ بوجه عام، لذلك وردت بشأنه تعريفات عديدة، فعرفه الأستاذ عبد الله قايد على أنه:

---

[1] - « La faute est un manquement à une obligation préexistante. », Cité in Patrice (JOURDAIN), Les principes de la responsabilité civile, 5 eme édition, Dalloz, Paris, 2000, p 48.

[2]- د/ محمود جلال حمزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص67.

[3]- أحمد حسن الحياري، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 104.

[4]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 884.

كل مخالفة من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا أو عمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي، أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون متى ترتب على فعله نتائج جسيمة، في حين كان في قدرته وواجبا عليه أن يتخذ في تصرفه اليقظة والتبصر حتى لا يضير بالمريض' [1].

عرفه كذلك "جون بينو" Jean PENNEAU بأنه كل تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول [2].

يتمثل الخطأ الطبي في إخلال الطبيب بالتزاماته الخاصة والعامة، أي التي تفرضها عليه المهنة الطبية، وتلك التي يفرضها عليه القانون عند قيامه بعمل معين أو امتناعه عنه ويشمل حالة الإخلال من جانب الطبيب بالتزاماته العقدية على إثر العقد المبرم بينه وبين المريض الذي يعالجه، كما يشمل حالة إخلاله بالتزامه القانوني، حيث لا يكون ثمة هناك عقد يحكم هذه العلاقة [3].

يعرف علماء الشريعة الإسلامية، خطأ الطبيب بأنه:

" الخطأ الفاحش الذي لا تقره أصول الطبابة ولا يقره أهل العلم والفن من ذوي الاختصاص" [4].

2- موقف القضاء من خطأ الطبيب

تتمثل العناية التي يلتزم الطبيب ببذلها والتي يعتبر مخطئا إذا قصر فيها ليست أية عناية كانت، وإنما هي بحسب تعبير محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير لعام 1936، **"العناية الوجدانية اليقظة الموافقة للحقائق العلمية المكتسبة..."**، والطبيب إذن

---

[1] - د/ أسامة عبد الله قايد، مرجع سابق، ص 224.

[2] - Jean (PENNEAU), La responsabilité du médecin, 3eme Edition, Dalloz, 2004, p.17.

ورد نفس هذا التعريف في قرار Guigne في 18 جوان 1835 الذي تضمن:

« La faute médicale est un manquement à un devoir préexistant que n'aurait pas commis une personne avisée, placée dans les mêmes circonstances que l'auteur du dommage. »

أنظر غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 26.

[3] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص40.

[4] - د/ زاهية حورية سي يوسف، الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 افريل 2008، ص 13.

يكون مخطئا إذا لم يبذل العناية الوجدانية اليقظة أو كانت العناية التي بذلها مخالفة، نتيجة جهله أو تهاونه للمعطيات والحقائق العلمية الحالية المستقرة بين أسرة الأطباء نظريا أو عمليا، لأنه من واجب الطبيب أن يكون عالما إلى ما وصل إليه التطور العلمي[1].

ينطوي الخطأ الطبي وفقا للقواعد العامة على ركنين هما الركن المادي الذي قوامه الانحراف أو التعدي من الطبيب سواء بتصرف إيجابي كما لو أتى تصرفا يخالف مبدأ الاستقامة أو فعل سلبي يتمثل في الامتناع عن القيام بعمل، أما الركن المعنوي فقوامه الإدراك أو التمييز، بحيث يكون الطبيب مدركا بأنه أخل بالتزام معين، والإدراك هنا يكون مرتبطا بتمييز الطبيب وأهليته وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 125 من ق.م.ج.

يشمل خطأ الطبيب على عنصرين أساسيين، يتمثل الأول في خروجه أو مخالفته للقواعد والأصول العلمية الطبية التي تفرضها عليه مهنته وقت تنفيذه للعمل الطبي، حيث أن المتفق عليه فقها وقضاء أن المقصود بالأصول الطبية في علم الطب هي تلك الأصول والقواعد المتعارف عليها بين أسرة الأطباء نظريا وعمليا، والتي يجب على كل طبيب أن يلم بها وقت تدخله الطبي، لأن العلوم الطبية في تطور مستمر وما كان حديثا اليوم يعتبر قديما بالنسبة للغد، في حين يتمثل العنصر الثاني في إخلال الطبيب بواجبات الحيطة والحذر.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة "**السين**" LA SEINNE الفرنسية في سنة 1907، بأن مسؤولية الطبيب لا تنعقد إلا إذا ثبت أنه خرج على القواعد العامة للحيطة، أو إذا ثبت إهماله وعدم انتباهه بشكل لا يتفق مع الضمان الذي تتطلبه مصلحة الناس[2].

---

[1]- د/ محمد هشام القاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة، كلية الحقوق والشريعة، الكويت،1981، ص 87.

[2]- د/ زاهية حورية سي يوسف ، مرجع سابق، ص16.

كرس القضاء الفرنسي في بداية الأمر مبدأ عدم التفرقة بين الخطأ والغلط، وقرر أن مسلك الطبيب وإن كان لا يمثل خطأ، وإنما مجرد غلط، إلا أن قيام السببية بين الضرر الذي أصاب المريض يوجب المسؤولية المدنية للطبيب[1].

يجب التفرقة بين خطأ الطبيب faute du médecin الذي يؤثر بصورة مباشرة في قيام أو استبعاد مسؤوليته، ومجرد غلطه Erreur du médecin، فهذا الأخير هو عدم الانتباه الذي لا يمكن لأكثر الأطباء حرصا ويقظة تفاديه، يمكن أن يصدر من أي طبيب أخر، وأن المؤاخذة التلقائية له تعني إدانة الطب ذاته، وبالتالي لا يشكل خطأ طبيا يستوجب المساءلة، حيث يتصور وقوع هذا الغلط في مرحلة التشخيص خاصة وأن هناك بعض الأمراض تتشابه أعراضها، وبالتالي لا يشكل الغلط بحد ذاته خطأ الطبيب طالما أنه لم ينم عن جهل جسيم من هذا الطبيب للأصول والقواعد الطبية [2].

3- موقف المشرع الجزائري

لم يعرف التشريع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى الخطأ سواء في القانون المدني أو القوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب، وإن اقتصرت هذه الأخيرة على تحديد واجبات والتزامات الطبيب، لكنه أشار إلى ركن الخطأ في المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنص عما يلي:

" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض**"، كما أضافت المادة 125 [3]منه التي تنص عما يلي:

---

[1]- محمد فتاحي، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 89.

[2]- د/ بابكر الشيخ، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 178. أنظر أيضا د/ زاهية حورية سي يوسف ، مرجع سابق، ص14 .

[3]- وهذا بمقتضى تعديل أحكام القانون المدني بقانون 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، ج.ر عدد 44، السنة 42، الصادرة في 26 جوان 2005.

" **لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه وعدم حيطته إلا إذا كان مميزا**"، نرى أنه لا يكفي في الخطأ أن يكون إخلالا بواجب سابق فحسب مثلما ذهب إليه الفقه، إنما يجب إضافة إلى ذلك، أن يكون هذا الإخلال صادرا عن تمييز وإدراك. يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد حذا حذو المشرع الفرنسي[1]، جعل من الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية بوجه عام، لكن لم يحدده مما يفتح المجال لفقهاء القانون لتعريفه من جهة، ومن جهة أخرى أعطى السلطة التقديرية للقاضي في بناء أحكامه.

يمكن بناء على كل ما سبق، أن نقدم تعريفا لخطأ الطبيب، ونعتبره تقصير الطبيب في القيام بالتزاماته الخاصة التي تمليها عليه مهنته، وإخلاله بواجبات الحيطة واليقظة والحذر المفروضة عليه قانونا.

ثانيا: المعيار الراجح لتقدير خطأ الطبيب

يجب البحث في المعيار الواجب استعماله من أجل تحديد وتقدير خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، ويتعين الأخذ بعين الاعتبار الخصوصيات التي يتميز بها العمل الطبي عن سائر الأعمال فيما يخص إتباع الأصول العلمية والفنية المقررة الثابتة في الطب، التي كانت في حد ذاتها من أهم الأسباب التي على أساسها سعى الفقهاء إلى اعتماد معيار أنسب لتحديد خطأ الطبيب .

يتمثل المعيار الذي يقاس به الخطأ بوجه عام في الالتزام ببذل عناية في معيار الرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس، فهو رجل يقظ متبصر، لا غبي خامل ولا شديد الفطنة والحرص[2].

1- استبعاد المعيار الشخصي عند تقدير خطأ الطبيب

يقصد بالمعيار الشخصي إلزام الطبيب ببذل ما اعتاد على بذله من يقظة وتبصر ومعنى ذلك أن هذا المعيار يعتمد على البحث في حالة الطبيب الذي ارتكب الخطأ، بحيث

---

[1]- أشار المشرع الفرنسي إلى ركن الخطأ في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي التي تنص عما يلي:

Art 1382 : «tout fait quelconque de l’homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

[2]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 884.

إذا ظهر انه بإمكانه أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه، اعتبر مخطئا، وعلى العكس من ذلك إذا كان الطبيب لا يستطيع أن يتفادى الفعل الضار المنسوب إليه بعد قيامه ببذل ما اعتاد على بذله من اليقظة والتبصر اعتبر أنه غير مخطئ[1].

يأخذ هذا المعيار بعين الاعتبار قدرة الطبيب على دفع الضرر وأن يتناسب ذلك مع مؤهلاته الطبية والثقافية والوسائل الموضوعة تحت تصرفه، إذ لا يمكن أن يلزم بأكثر من طاقته وبشيء لا يمكنه أن يتحمله، فالوصول إلى الحقيقة وفقا لهذا المعيار يستلزم مراقبة الطبيب.

عيب على هذا المعيار صعوبة تطبيقه، إذ هو يقتضي البحث في ظروف وأحوال كل طبيب على حدى ومراقبة سلوكه وتصرفاته، حتى نتمكن من معرفة ما إذا كان سلوكه يشكل خطأ أم لا بالمقارنة مع سلوكه العادي، وهو أمر خفي يتعذر كشفه في الحياة العملية، وهو أمر يصعب على للقضاء[2]، تجاوزا لهذا الانتقاد الموجه لهذا المعيار، ذهب فريق آخر من الفقه إلى اعتماد معيار أخر مبني على معطيات موضوعية.

2- الأخذ بالمعيار الموضوعي لتقدير خطأ الطبيب

يعبر عنه أحيانا بالتقدير المجرد، ومقتضى هذا المعيار، أن يقارن سلوك المخطئ بما يصح أن يصدر من شخص أخر وهمي ومجرد، متوسط الحذر والاحتياط، وهو رب الأسرة المعني بشؤون نفسه، فلا يسأل إلا إذا كان هذا الإنسان العادي لا يقع فيما وقع فيه هو[3].

يتمثل هذا المعيار في التزام الطبيب ببذل العناية إزاء مريضه أي بذل العناية الصادقة من أجل شفاءه، فإن قصر فهو تقصير في واجب الحيطة الذي لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالمسؤول أثناء ممارسته لعمله[4].

---

[1]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص156.

[2]- د/ محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري...، مرجع سابق، ص 74.

أنظر أيضا د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 884.

[3]- د/ منير رياض حنا، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989، ص33.

[4]- د/ زاهية حورية سي يوسف ، مرجع سابق، ص 14 .

ذهبت محكمة النقض المصرية إلى: " أن التزام الطبيب ليس التزاما بتحقيق نتيجة أي شفاء المريض، إنما التزام ببذل عناية، إلا أن العناية المطلوبة منه تقتضي أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب" [1].

في ظل هذا المعيار يقاس سلوك المخطئ بسلوك شخص أخر وجد في نفس الظروف، وفي مجال الطب، يقاس سلوك الطبيب المخطئ مسبب الضرر بسلوك طبيب أخر من نفس المستوى والدرجة العلمية والخبرة، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب وقت تدخله الطبي[2]، ولا بد أن يتجرد من الظروف الذاتية والداخلية[3]، فيقاس سلوك الطبيب العام بسلوك طبيب عام أخر مثله، والطبيب الأخصائي يقاس سلوكه بسلوك أخصائي من نفس تخصصه، وتستبعد في ذلك الظروف الداخلية التي تتغير من شخص إلى أخر[4].

تتمثل الظروف الداخلية والذاتية المحيطة بالطبيب المخطئ، في الحالة الاجتماعية والصحية والنفسية للطبيب، وجنسه، وسنه، وهي ظروف لا تصلح لقياس خطأ الطبيب[5].

يتجه الرأي السائد إلى أن الظروف الخارجية المحيطة بالطبيب المخطئ هي وحدها التي يجب مراعاتها عند قياس هذا السلوك على سلوك الطبيب اليقظ، بحيث تكون العبرة بما كان سيسلكه هذا الطبيب اليقظ في مثل تلك الظروف الخارجية[6].

---

[1]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 16.

[2]- Jean (PENNEAU), La responsabilité du médecin…., op.cit, p.16.

[3]- Nour-Eddine (TERKI), Responsabilité civile et régime générale : les obligations, Office des publications universitaires, Alger, 1982, p 37.

[4]- د/ زاهية حورية سي يوسف ، مرجع سابق، ص14.

[5]- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2007، ص 19.

[6]- يعد ظرفا خارجيا ما لا يتصل بالطبيب المتسبب في الضرر ذاته من صفات، كما هو الشأن بالنسبة للظروف المكانية، فيجب الأخذ بعين الاعتبار مدى ملائمة المكان للتطبيب أما بالنسبة للظروف الزمانية، يتعين الأخذ في الحسبان الزمان الذي وقع فيه الضرر من طرف الطبيب المخطئ كالليل.

أنظر د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 159 و160.

يتضح مما سبق أن معيار الخطأ الذي استقر عليه القضاء، في تحديد مسؤولية الطبيب هو المعيار الموضوعي ويرتكز على ثلاثة أسس.

يتمثل الأساس الأول في تقدير سلوك الطبيب على ضوء سلوك طبيب أخر من نفس المستوى المهني ومن حيث الدرجة العلمية والخبرة، فمعيار خطأ الطبيب العام يختلف عن الأخصائي وعن الأستاذ، في حين يتعلق الأساس الثاني في النظر إلى الظروف الخارجية التي تحيط بالعمل الطبي، مثل توافر الإمكانيات من عدمه، فالوحدة الريفية تختلف عن العيادة وعن المستشفى المجهز، وهناك أساس أخر يتمثل في مدى اتفاق العمل الطبي مع تقاليد المهنة والأصول العلمية المستقرة [1].

الفرع الثاني

طبيعة خطأ الطبيب المرتب للمسؤولية

متى صدر من الطبيب خطأ أثناء التدخل الطبي وسبب ضررا للمريض قامت مسؤوليته المدنية والتزم بجبر الضرر، إلا أن طبيعة هذا الخطأ تتغير تبعا لمستجدات المسؤولية الطبية، فهل يسأل الطبيب عن خطئه الجسيم فقط؟ **(أولا)**، ولا بد من التمييز بين الخطأ العادي للطبيب أثناء التدخل عن خطئه الفني **(ثانيا)**، وقد يكون الخطأ الذي ينسب إلى الطبيب خطأ فردي، يكون هو وحده مسؤولا في مواجهة المضرور، أو ينسب إلى فريق من الأطباء دون أن ينسب إلى عضو بذاته من أعضاء هذا الفريق **(ثالثا)**.

أولا: خطأ الطبيب من حيث جسامته

إستقر الفقه والقضاء التقليديين على مساءلة الطبيب عن خطئه الجسيم دون اليسير، لكن تبني هذه الفكرة سرعان ما اندثرت وفقدت من أهميتها.

1- مسؤولية الطبيب عن خطئه الجسيم

يعتبر الخطأ الجسيم خطأ غير عمدي، حيث يتخلف فيه قصد الإضرار من جانب مرتكبه، ومع ذلك فإن درجة جسامته دفعت الرومان إلى تشبيهه بالخطأ العمدي أو التدليسي، وهذا التشبيه لا يؤثر في طبيعته من حيث اعتباره خطأ غير عمدي [2].

---

[1]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 19.

[2]- د/ محمد السعيد رشدي، الخطأ غير المغتفر " سوء السلوك الفاحش والمقصود"، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 77.

عرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الجسيم بصفة عامة بأنه إهمال خطير من طرف الدائن، يجعله لا يقوم بالالتزامات العقدية الملقاة على عاتقه[1].

يتمثل الخطأ الطبي الجسيم في عدم قيام الطبيب ببذل العناية الواجبة عليه، بصورة لا تصدر عن اقل الأطباء حرصا وتبصرا، فهو خطأ لا يمكن تصوره إلا من مستهتر وكثيرا ما يقع الأطباء فيها أثناء التدخلات الطبية الجراحية، ويتخذ صور عديدة كاستئصال العضو السليم بدلا من العضو المريض، كنزع كلية سليمة بدلا من المريضة، أو إجراء عملية جراحية على العين السليمة بدلا من العين المريضة، فهي أخطاء غير مغتفرة لأنها أمور تظهر للطبيب بوضوح لو راجعها قبل التدخل الجراحي، مثل مراجعة الأشعة والفحوص قبل عملية الاستئصال[2].

يعتبر الطبيب الذي يتخلى بإرادته عن علاج مريض، ويتركه يعاني من ألام في اليد على أنه ليست له أثار سيئة، مما أدى في النهاية إلى بتر ذراع المريض، فهو إهمال من جانبه ويمثل خطأ جسيم يستوجب المسؤولية[3].

إن تبني فكرة الخطأ الجسيم وحدها لقيام مسؤولية الطبيب سرعان ما فقدت من أهميتها على إثر الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 ماي 1936[4]، حيث قررت محكمة النقض أن الطبيب وبمقتضى العقد الذي يربطه بالمريض ملزم ببذل العناية المتمثلة في الجهود الصادقة اليقظة، والمتفقة مع الأصول العلمية الثابتة، وأن أي

---

[1] - la cour de cassation la définit comme « la négligence d'une extrême gravité dénotant l'inaptitude du débiteur a accomplir sa mission contractuelle. », Cité in Patrice (JOURDAIN), Op.cit., p 65.

[2] - د/ هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 112.

[3] - تتلخص وقائع القضية التي أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا بشأنها بتاريخ 18 جوان 1935، بأن مريضا كان يعاني في ذراعه لحدوث نزيف به، استدعى أحد الأطباء لمعالجته، فحضر الطبيب وفحصه وشخص مرضه، فرأى =الطبيب أن هذه الحالة حالة عادية، وأن الآلام لن تستمر طويلا وترك المريض على حاله، بعد مدة زمنية ازدادت عليه الآلام، مما أستوجب عرض حالته على طبيب أخر، وعند فحصه، قرر أنها حالة "قونقرين" « Gangrène »، وأن العلاج يستوجب إجراء عملية جراحية عاجلة لقطع الذراع، وقد عرضت هذه القضية على محكمة الدرجة الأولى التي حكمت للمريض بتعويض، وتم تأييد هذا الحكم على مستوى محكمة الاستئناف "**روان**" Rouen، وكذلك فعلت محكمة النقض. مشار إليها لدى د/ محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 143.

[4] -Cass.Civ.20 mai 1936-D.1936-1,88. Cité in : Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical, voir sur **www.droit**. Univ- paris5.fr /cddm/ index.php.

إخلال بهذا الالتزام متعمدا كان أو غير متعمد، جزاؤه المسؤولية العقدية، ومن يومه هجر القضاء الفرنسي فكرة الخطأ الجسيم سواء في التشخيص أو العلاج، فقد تحول القضاء الفرنسي إلى مساءلة الطبيب عن أخطائه ولو كانت يسيرة.

2- هجر القضاء لفكرة اشتراط الخطأ الجسيم لقيام مسؤولية الطبيب

يقصد بالخطأ اليسير ذلك الخطأ الذي لا يقترفه شخص عادي في حرصه وعنايته[1].
استقر القضاء على عدم اشتراط الخطأ الجسيم لمساءلة الطبيب بل يكفي توافر الخطأ اليسير من جانبه، ومن التطبيقات القضائية ما قضت به محكمة قرونوبل Grenoble الفرنسية في عام1946 على أن: " **الطبيب مسؤول عن الأخطاء التي تقع منه في أثناء ممارسته مهنته، وكذلك عن الضرر المتسبب عن إهماله وعدم احتياطه في تشخيص الداء، ووصف الدواء، وإجراء العمليات، ولا يلزم لقيام هذه المسؤولية أن يرتكب الطبيب خطأ جسيما، إذ لا يوجد نصوص القانون ما يعفي الطبيب من المسؤولية عن الخطأ اليسير متى كان هذا الخطأ واضحا، ولا يقع من الطبيب المعتاد من أوسط رجال هذه المهنة، ومثل الظروف الخارجية للمدعى عليه**" [2].

ما يؤكد أيضا تخلي القضاء الفرنسي لفكرة اشتراط الخطأ الجسيم وحده لقيام مسؤولية الطبيب، ما قضت به محكمة النقض في حكمها الصادر في 30 أكتوبر 1963، بشان واقعة أخطأ فيها الطبيب في علاج مريض، إذ بدلا أن يحقن له دواء داخل الشريان حقنه في خارجه، وعندما تعرضت محكمة الموضوع لتقدير خطأ هذا الطبيب طلبت من الخبير تحديد ما إذا كانت الواقعة المنسوبة إلى الطبيب تمثل خطأ جسيم، أو أنها حادثة لا يمكن تجنبها في بعض الظروف، فقررت محكمة النقض أن: " **مجرد الخطأ من جانب الطبيب يؤدي إلى قيام مسؤوليته دون حاجة إلى اشتراط أن يكون هذا الخطأ غير مغتفر أو أنه بلغ درجة معينة من الجسامة** "[3].

---

[1]- د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق 44.

[2] -Trib. Civ .Grenoble-04 nov.1946-D.1947-77; S.1947-2-38.

نقلا عن د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، 44.

[3]- د/ محمد السعيد رشدي، مرجع سابق 148.

توصل القضاء الفرنسي إلى تقرير مسؤولية الطبيب ولو كان الخطأ المنسوب إليه يسيرا، حيث قضى بأنه لا يلزم لمساءلة الطبيب أن يكون الخطأ المنسوب إليه على درجة معينة من الجسامة، فالقاضي ليس له أن يتعمق في بحث وفحص الأصول الفنية لمهنة الطب، بل يكفي أن يتأكد من وجود هذا الخطأ، وأن يكون ثابتا ثبوتا كافيا لديه وعليه الاستعانة برأي الخبراء[1].

نخلص إلى القول أنه لمساءلة الطبيب عن خطأه أثناء التدخل الطبي، لا يتوقف على ارتكابه للخطأ الجسيم، فهذا الشرط لم يعد مأخوذا به، بل إن الفقه والقضاء هجره، واكتفيا بوجود الخطأ سواء كان جسيما لا يغتفر أو يسيرا بسيطا، وهذا دليل على سير إجتهاد القضاء إلى التوسيع من مظاهر الخطأ.

ونرى أن مساءلة الطبيب على خطئه اليسير تشديد في مسؤولية الطبيب، ولعل السبب في ذلك يعود إلى حماية المريض الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، لكن في نفس الوقت يعتبر إجحاف في حق الطبيب، وهذا سيؤثر سلبا على إبداعه ويبعد الثقة والطمأنينة الضروريان لمزاولة مهنة الطب.

يميل بعض الفقه[2] في الجزائر إلى إعفاء الطبيب من المسؤولية في حالة الخطأ الفني البسيط، نظرا لصعوبة وخطورة العمل الطبي، مسندا إلى ما جاء في المادة 172 من القانون التي تنص :

" في الالتزامات بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإنفاق على خلاف ذلك ".

يعاب على هذا الرأي نظرا لضعف تأسيسه القانوني، كونه يقوم على كثير من الميل والعاطفة إلى جهة الطبيب دون المريض، ولم يلقى التأييد على ضوء قانون حماية الصحة

1- د/ عز الدين الدناصوري و د/ عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الخامسة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1996 ، ص 1412. محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 91.

2- M.M.(HANNOUZ), A.R (HAKEM), Précis de droit médical a l'usage des praticiens de la médecine et du droit, Office des publications universitaires, Ben-Akenoun, Alger, 1993, p 50.

وترقيتها، كونه يقر بمسؤولية الطبيب على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال تدخلاته الطبية وممارسته لمهنة الطب، ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية لأحد الأشخاص أو يحدث له عجزا[1].

ثانيا : مدى اتصال الخطأ بمهنة الطب

قد يتخذ خطأ الطبيب شكل خطأ عادي وهو خطأ غير مهني كما قد يتمثل في خطأ فني أو مهني.

1- الخطأ العادي أثناء التدخل الطبي:

يتمثل في الخطأ الذي ليس له علاقة بالأصول الفنية والمهنية، أي الخطأ الخارج عن إطار المهنة وأصولها الفنية، والناجم عن سلوك إنساني مجرد، يسببه الإخلال بالقواعد العامة للالتزام التي يتوجب على كافة الناس التقيد بها، فهذا النوع من الخطأ ناجم عن سلوك يمارسه الطبيب كأي إنسان، وليس عن ممارسات مهنية قام بها الطبيب تجاه المريض، كقيام الطبيب وهو في حالة سكر بعملية جراحية للمريض [2]، أو أن ينسى إحدى أدوات الجراحة في بطن المريض وقيام الطبيب بغلق الجرح دون إخراجه [3].

يتبين لنا أن الخطأ الطبي العادي هو ما يرتكبه الطبيب عند مزاولة المهنة دون أن يكون للمهنة صلة به، ويعامل الطبيب معاملة أي شخص عادي، وكون الأفعال التي يأتيها الطبيب لا يربطها بأصول الطب رابطة، يمكن للقاضي أن يقدرها دون أن يأخذ بعين الاعتبار صفة من يقوم بها.

يخضع الخطأ العادي الذي يرتكبه الطبيب إلى القواعد العامة المعمول بها، وحيث أن هذا الخطأ لا يتصل بمهنة الطب حتى ولو ارتكبه الطبيب أثناء التدخل الطبي، مما جعل البعض يطلق عليه اسم الخطأ المادي[4].

---

[1]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 182.

[2]- د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 47.

[3]- د/ أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص 18.

[4]- د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 27.

2 - الخطأ الطبي الفني أو المهني

يعتبر الخطأ المهني[1] ما يقع من الطبيب كلما خالف القواعد والأصول التي توجبها عليه المهنة الطبية، فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للطب، وبمعنى أدق هو خروج الطبيب في سلوكه المهني والفني عن القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم و المتعارف عليها نظريا وعمليا في الأوساط الطبية وتنفيذه العمل الطبي، ومثال ذلك قيام طبيب بتجربة طرق علاج جديدة على المريض لم يسبق ثبوتها علميا، ويندرج هنا أيضا كل الأخطاء التي يرتكبها الطبيب أثناء التدخل الطبي من أخطاء في التشخيص أو العلاج أو الجراحة أو التخدير[2].

تجدر الإشارة في إلى أنه كلما تعلق الأمر بأخطاء طبية فنية، لا بد من القاضي الاستعانة بأهل الخبرة[3] لتحديد مدى وقوعها ودرجتها لكي يبني حكمه ويقدر التعويض المناسب لجبر الضرر الذي أصاب المريض المضرور، كون القاضي في هذا النوع من الأخطاء الطبية ليست له خبرة في المسائل الفنية[4]، فعلى الخبراء إنارة المحكمة على إثبات مدى انحراف وخروج الطبيب عن الأصول الفنية والمعطيات العلمية المتفق عليها بين أسرة الأطباء نظريا وعمليا ويمكنهم أيضا إثبات وجود علاقة السببية بين الخطأ المهني والضرر الذي أصاب المريض[5] مع الاحتفاظ بحقه، وفقا للمبادئ العامة، في تقدير رأي الخبير وفي تقرير الأخذ به أو عدم الأخذ[6].

---

[1]- يعتبر الخطأ الفني أو المهني من بين الأخطاء الأكثر شيوعا في ميدان الطب كونها متصلة اتصالا مباشرا بفنون مهنة من أعقد المهن وأخطرها، وهي أخطاء لصيقة بصفة الطبيب الممارس لها ويستحيل نسبته إلى غيره.

[2]- د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص190. د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 22.

[3] - يعتبر تقرير الخبير عنصرا هاما من العناصر التي يستعين بها القاضي في تقديره القانوني لخطأ الطبيب الفني، وانه وإن كان القاضي اتجاه هذا التقرير وما توصل إليه الخبير من نتائج سلطة تقديرية تمكنه من رفضه فإنه في المقابل إذا ما قرر القاضي بمقتضى هذه السلطة التي يتمتع بها أن يأخذ بهذا التقرير فإنه يجب عليه أن يأخذ به كما هو دون تحريف لان الطبيعة الفنية لعمل الخبير تحول دون أية منازعة فيه. أنظر محمد فتاحي، مرجع سابق، ص 97.

[4] - د/ محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 206.

[5]- Pierre (NICOL), Faute médicale : Preuve par présomptions de fait et exonération, In revue de droit de l'université de Sherbrooke, N° 27, 1996-1997, p165.

[6] - د/ محمد هشام القاسم، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الثاني، السنة الخامسة كلية الحقوق والشريعة، الكويت، 1979، ص 15.

ثالثا: مرتكب الخطأ أثناء التدخل الطبي

يكون الخطأ الذي ينسب إلى الطبيب لوحده خطأ فردي، وفي هذه الحالة يكون هو وحده مسؤولا في مواجهة المضرور بسبب هذا الخطأ، وفي بعض الحالات ينسب إلى فريق من الأطباء دون أن ينسب إلى عضو بذاته من أعضاء هذا الفريق، وهو ما يعرف بخطأ الفريق الطبي.

1- **الخطأ الشخصي للطبيب**

استقر القضاء بعد 1936[1] على أن المسؤولية الطبية بناء على الفعل الشخصي تكون من طبيعة عقدية، كلما وجد عقد بين المريض والطبيب، سواء كان هذا التعاقد بصورة صريحة أو بصفة ضمنية، فمتى وجد عقد بين الطرفين وكان الضرر الذي لحق المريض نتيجة إخلال الطبيب بالتزام ناشئ عن العقد، وجب الأخذ بأحكام هذا العقد دون سواها، باعتبار أن هذه الأحكام هي الواجبة التطبيق عند تنفيذ بنوده أو في حالة الإخلال بتنفيذه[2]. فلا يجوز تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية لأن الأخذ بهذه الأخيرة يعد إهدار لنصوص العقد مما يخل بالقوة الملزمة له.

وعليه فإن القاعدة العامة هي المسؤولية العقدية للأطباء عن أفعالهم الشخصية، ولا تثور مسؤوليتهم التقصيرية إلا إذا لم يكن هناك عقد كتدخل الطبيب في حوادث المرور والطرقات[3].

2- **خطأ الفريق الطبي**

تطورت العلوم الطبية تطورا هائلا خلال النصف الثاني من القرن العشرين وحتى الآن، كما تقدمت مختلف الوسائل الفنية في العلاج، بحيث لم تعد ممارسة مهنة الطب قائمة على الجهد الفردي للطبيب في كثير من الحالات، واستلزم التقدم والتطور الكبير الذي حصل إلى وجود ما يسمى بالفريق الطبي، لاسيما في مجال التدخل الطبي الجراحي وما يواكبه من تعقيدات ومخاطر.

---

[1]- قرار " **مرسي**" الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 20 مارس 1936.

[2]- هذا ما نصت عليه المادة 106 من ق م ج :

" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله إلا بإتفاق الطرفين، وللأسباب التي يقررها القانون"

[3]- د/ محمد رايس، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي، مرجع سابق، ص 117.

يتدخل الطبيب بناء على اتفاق مع المريض للقيام بالعمل الطبي وحده فلا تثور هنا المسؤولية عن الفريق الطبي، لأن الطبيب يمارس العمل بنفسه فيكون مسؤولا عن أخطائه التعاقدية. وقد يستعين الطبيب الرئيسي بمجموعة من الأطباء المساعدين له، كل في مجال تخصصه، هو الذي يصعب في تحديد دائرة الخطأ نتيجة هذا التدخل الجماعي، إذ يقوم على وحدة الهدف والمصلحة المشتركة من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة نسب الخطأ إلى عضو من أعضاء هذا الفريق[1].

وقد يرتكب خطأ أثناء التدخل الطبي يستوجب التعويض، والمقصود هنا ليس الذي يرتكبه الطبيب الذي تعاقد مع المريض، لأنه بطبيعة الحال مسؤول مسؤولية عقدية عن ذلك، وإنما المقصود ذلك الخطأ الذي يصدر عن الفريق الطبي الذي شكله الطبيب، فقد يعرف من ارتكب الخطأ من أعضاء الفريق وقد لا يعرف.

يرى الفقه أنه في كلتا الحالتين لا يختلف الحكم بالنسبة للمريض، إذ يكون الطبيب مسؤولا عن تعويضه، لأنه هو الطرف الذي تعاقد معه المريض وهو من شكل الفريق الطبي دون تدخل منه، لذلك يكون الطبيب الرئيس هو المسؤول عن أي خطأ أثناء التدخل الطبي، سواء كان بفعله أو بفعل احد أعضاء الفريق، أو كان الخطأ شائعا بين أعضاءه بحيث لا يعرف من ارتكبه[2].

1- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 192.

2- انقسم الفقه لتحديد طبيعة المسؤولية التي يتحملها الطبيب الرئيس عن خطأ الفريق إلى اتجاهين.

فذهب اتجاه من هذا الفقه إلى اعتبار أن مسؤولية الطبيب تقصيرية أساسها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وتحكمها النصوص الموجودة في القانون المدني، إذ يكون الطبيب متبوعا والفريق تابعا، وهو ما يحقق سلطة الرقابة والتوجيه على الفريق الطبي أثناء التدخل الطبي، فإذا حصل خطأ فهو مفترض في جانبه، يتمثل في انه قصر في اختيار الفريق الطبي أو في رقابته أو الإشراف عليه، وبالتالي لا يمكن دفع المسؤولية عن نفسه إلا بإثبات السبب الأجنبي كأن يثبت أن الضرر يعود إلى خطأ المريض او خطأ الغير أو إلى قوة قاهرة.

يرى الاتجاه الأخر ومن بينهم الفقيه "سافاتيه" SAVATIER أن مسؤولية الطبيب عن أخطاء الفريق الطبي الذي شكله هي مسؤولية عقدية عن فعل الغير، وهذا راجع إلى أن المريض تعاقد معه لاعتبارات الثقة أو الخبرة، دفعته إلى التعاقد، وهو الأمر الذي يوجب على الطبيب أن يقوم بالعمل الطبي الذي التزم به نحو مريضه بيقظة وتبصر وعناية وبالتالي فإن استعانة الطبيب بالفريق الطبي لتنفيذ التزامه يعتبر مساعدة منهم لتنفيذ هذا الالتزام نحو المريض، فيسأل عن أخطائه الشخصية، وأخطاء الأطباء الآخرين باعتباره مسؤولا عقديا عن الغير الذي استعان به دون موافقة خاصة من المريض. أنظر د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 357-358.

يتمثل الحل بالنسبة للإشكالات التي يطرحها فريق من الأطباء أثناء قيامهم بعمل طبي سبب ضررا للمريض في اللجوء إلى أساس المسؤولية التضامنية[1] للفريق الطبي أمام المريض[2]، ولا شك أن هذه المسؤولية الجماعية للفريق الطبي تسهل على المضرور الحصول على التعويض الذي يستحقه[3].

أخذ القضاء الحديث لمحكمة النقض الفرنسية بالمسؤولية المشتركة لعضوي الفريق الطبي، لكل من الجراح وطبيب التخدير، حيث قضت هذه المحكمة بتأييد قرار محكمة الاستئناف بالمسؤولية المشتركة لطبيب الجراح وطبيب التخدير، ذلك أن مسؤولية الطبيب الجراح المتابع لحالة المريض، لا تقتصر على التدخل الجراحي فقط، بل كان عليه بصفته متابعا لحالة المريض أن يعلم طبيب التخدير بخطر التخدير الموضعي (بالإبرة) لعين المريض[4].

يظهر موقف المشرع الجزائري بشأن مسؤولية الفريق الطبي في المادة 73 من م أ ط التي تقابل المادة 64 من قانون آداب المهنة الفرنسي، التي تنص عما يلي:

" عندما يتعاون عدد من الزملاء على فحص مريض بعينه أو معالجته، فإن كلا منهم يتحمل مسؤولياته الشخصية.

أما المساعدون الذين يختارهم الطبيب أو جراح الآسنان ، فإنهم يعملون تحت مراقبتهما وتحت مسؤوليتهما."

نستشف من نص الفقرة الأولى من هذه المادة أن المشرع الجزائري يأخذ بمبدأ استقلال المسؤوليات في وسط الفريق الطبي على أساس الاستقلال المهني والفني لكل طبيب من الفريق الطبي لا سيما ضمن الفريق الجراحي الذي يعد أهم صور الفريق الطبي، فهذا لا يثير

---

[1]- نص المشرع الجزائري عليها في المادة 126 من ق م ج التي تنص عما يلي:

"إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

[2]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري... ، مرجع سابق، ص196.

[3]- د/ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوربية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 378.

[4]- قرار محكمة النقض الفرنسية: 28 أكتوبر 1997، دالوز 1999، ص 383. نقلا عن عجاج طلال، مرجع سابق، ص 365.

أي إشكال في حالة معرفة من أومن هم مرتكبو الخطأ، لكن يبقى السؤال مطروحا في حالة عدم التمكن من تحديد مرتكب الخطأ؟ نرى أنه من الضروري أن يطبق القاضي أحكام المسؤولية التضامنية المنصوص عليها في المادة 126 من ق م ج ، ويكون بذلك قد حذا حذو القضاء الفرنسي.

الفرع الثالث

نطاق خطأ الطبيب

اعتبر القضاء الفرنسي قبل سنة 1936 مسؤولية الأطباء تقصيرية حتى في حالة وجود عقد أو اتفاق بين الطبيب والمريض، إلا أنه لم ياخذ بفكرة المسؤولية المدنية العقدية الناجمة عن عمل الطبيب إلا بعد سنة 1936، أي بعد صدور القرار الشهير قرار "مرسي" المشار إليه سابقا، وتختلف طبيعة مسؤولية الطبيب بحسب القطاع الذي يشتغل فيه، فطبيعة علاقة الطبيب بالمريض في القطاع العام **(أولا)** تختلف عنها في القطاع الخاص**(ثانيا)**.

أولا: خطأ الطبيب في المستشفيات العامة

يؤدي دخول المريض إلى إحدى المستشفيات العامة إلى نشوء مجموعة من العلاقات، سواء بين الطبيب والمستشفى وبين المريض والمستشفى العام، وبين المريض والطبيب.

1- علاقة الطبيب بالمستشفى

يعتبر الطبيب تابعا للمستشفى الذي يعمل فيه وتترتب على ذلك نتائج هامة ومتعددة في مجالات عبء الإثبات والتقادم والقضاء المختص، وإن كانت علاقة الطبيب بالمستشفى هي علاقة تابع بمتبوع أي علاقة تبعية يكون فيها للمتبوع سلطة فعلية في إصدار الأوامر إلى التابع في طريقة أداء عمله وفي الرقابة عليه مساءلته(1).

يرى الدكتور طاهري حسين أن علاقة التبعية القائمة بين الطبيب والمستشفى هي علاقة تبعية أدبية، حيث لا يسوغ لإدارة المستشفى التدخل في عمل الطبيب الفني، وهي

---

[1]- د/ حسين طاهري، الخطأ الطبي والعلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الجزائر- فرنسا، دار هومة، 2008 ، ص 36.

كافية لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب[1]، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 22 جوان1936:

" **إن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذي يعالج فيه المريض كاف لتحميل المستشفى مسؤولية خطأ الطبيب**"[2]، وتجدر الإشارة إلى أن الطبيب المخطئ يمكن أن يخضع للمسؤولية التأديبية أمام المجلس الوطني لأخلاقيات المهنة وأمام إدارة المستشفى [3]، إذ تقوم علاقة التبعية بين الطبيب والمستشفى كلما كان للمتبوع (المستشفى) سلطة فعلية على التابع في الرقابة وفي التوجيه ولو كانت هذه الرقابة قاصرة على الرقابة الإدارية[4].

2- علاقة المريض بالمستشفى العام

يحق للمريض الرجوع على وزارة الصحة باعتبار المستشفى تابعا لها والطبيب، فهما ملتزمان بالتضامن طبقا للقواعد العامة لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه قبل المريض المضرور، الذي يحق له الرجوع عليهما مجتمعين أو منفردين بكامل التعويض المقضي به[5]، وإذا اختار المريض الرجوع على المستشفى على أساس المسؤولية الإدارية، فعليه رفع دعوى إدارية أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي المختص، إلى حين تنصيب المحاكم الإدارية التي سيؤول لها هذا الاختصاص طبقا للمادة 800 من (ق.إ.م.إ)[6].

---

[1]- فالمستشفى لا يسأل عن الأخطاء الشخصية التي يرتكبها الطبيب أثناء قيامه بالعمل الطبي، كالتشخيص والعلاج والجراحة والمتابعة وغيرها، فهذه يتحملها الطبيب لوحده، ورغم ذلك يبقى المستشفى هو الملزم بالتعويض للمضرور عن أخطاء الأطباء لضمان حصوله على التعويض، باعتباره مسؤولا عن موظفيه أي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، مع العلم أنه يحق لهذه الإدارة الرجوع على الطبيب.

أنظر د/ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 22.

[2]- نقض مدني مصري 22 جوان 1936، نقلا عن حسين طاهري، مرجع سابق، ص 37. مشار إليه أيضا لدى د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 117.

[3]- راجع المواد 210 إلى 221 من م أ ط.

[4]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 159.

[5]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 119.

[6]- راجع المادة 800 من قانون 08- 09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد21 الصادرة في 23 افريل 2008.

3- علاقة المريض بالطبيب.

يعتبر الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام في مركز لائحي، ويخضع للقوانين واللوائح الخاصة بالعاملين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلة طبيب المستشفى العام إلا على أساس المسؤولية التقصيرية، لأنه لا يمكن القول أن المريض قد اختار طبيبه، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض المصرية الصادر في 3 جويلية 1969، بأنه لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد اختار طبيبه لعلاجه حتى يعقد عقد بينهما[1].

ثانيا: خطأ الطبيب في العيادات الخاصة

تعتبر العيادة الخاصة كل منشأة يملكها أو يستأجرها، ويديرها طبيب أو طبيب أسنان كل حسب مهنته المرخص له في مزاولتها، ومعدة لاستقبال المرضى ورعايتهم ويمكن أن نجد فيها أسرة، كما يمكن أن يكون طاقة استيعابها بين خمسة عشرة وتسعين سريرا[2].

1- العلاقة العقدية بين المريض والعيادة الخاصة

يعتبر لجوء المريض إلى العيادة الخاصة بناء على عقد ولو ضمني بينه وبين إدارة العيادة، فعقد الاستشفاء[3] هو الذي يحكم العلاقة بينهما، خلاف الأمر في العلاقة اللائحية التي تربط المريض بالمستشفى.

يختلف عقد الاستشفاء الذي يربط المريض بالعيادة الخاصة عن العقد الطبي الذي يتم بين المريض والطبيب الذي يقوم بعلاجه[4]، فإذا كان الأول موضوعه تقديم الخدمات العادية للمريض أثناء علاجه وإقامته، فالثاني يكون محله الأعمال الطبية بكل ما تحمله

---

[1]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 323. أنظر كذلك د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 158. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص125 و208.

[2]- راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 88-204، مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج.ر عدد 42 الصادرة في 19 أكتوبر 1988.

[3]- يعتبر عقد الاستشفاء من النظام العام، فالعيادة لا يمكن لها أن ترفض استقبال أي مريض بحاجة ماسة للعلاج أو للإيواء في حالة خطيرة خاصة إذا كانت العيادة هي المؤسسة الوحيدة في تلك المدينة، وإذا رفضت ذلك تكون مسؤولة عن جنحة عدم تقديم المساعدة. في هذا المعنى أنظر كذلك : د/ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 16.

[4]- يمكن للمريض أن يبرم العقدين معا مع شخص واحد، يكون طبيبا يملك العيادة الخاصة، أو يتولى إدارتها بناء على اتفاق مع مالكها. د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 331.

من فن طبي[1]، وهذه الأعمال يسأل عنها الطبيب بصفة شخصية ويلتزم المريض بإثبات الخطأ المرتكب والذي يترتب عن عدم تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد الطبي.

يتوجه المريض إلى عيادة خاصة للعلاج فيها، فهو إما انه اختار الطبيب الذي يمارس فيها أو أنه اختار العيادة بحد ذاتها بسبب شهرتها ونوعية الخدمات التي تقدمها للمريض أو انه جاء للعيادة تحت توجيهات الطبيب المعالج، فبمجرد قيام الطبيب الأخصائي بتوجيه المريض إلى عيادة خاصة يحددها له ويبدي المريض موافقته على ذلك وهو ما يحدث عمليا، يكون قد نشأ عقد أخر ضمنيا بين هذا المريض وإدارة العيادة الخاصة، مستقلا تماما عن عقده مع الطبيب[2].

تلتزم العيادة بتقديم الرعاية الطبية اللازمة والخدمة الفندقية طيلة إقامة المريض داخل العيادة الخاصة، ومن بين الأعمال التي تقوم بها أثناء ممارسة العمل الطبي، تجهيز المكان المناسب والتأكد من صلاحية الأجهزة الطبية قبل التدخل الجراحي، وتوفير الطاقم الطبي المساعد للطبيب المختص من أطباء وممرضين أثناء التدخل الجراحي، وتلتزم بتقديم الخدمات الطبية للمريض من دواء وأجهزة طبية تستدعيها حالة المريض[3].

2- العلاقة التعاقدية بين المريض والطبيب

حسمت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الشهير "**مرسي**" الصادر في 20 ماي1936[4] الخلاف الذي ثار حول طبيعة العلاقة التي تنشأ بين الطبيب والمريض حيث قررت هذه المحكمة بأنه ينشأ بين الطبيب وعميله عقد صحيح، فإذا ما أقدم المريض على دعوة الطبيب لعلاجه تنشأ علاقة عقدية بينهما تبدأ بالتعبير الصريح أوالضمني للرضا سواء من طرف المريض أومن قبل الطبيب ويقوم هذا الأخير بالفحص والتشخيص ووصف العلاج ومباشرته أو يجري له عملية جراحية[5].

1- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 127-128.

2- هذا ما يفسر وجود ازدواجية في سلسلة الالتزامات اتجاه المريض، وهي التزامات العيادة والتزامات الطبيب.

3- أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص71.

4 - Cour de cass civ, 20 mai 1936.188.

5- سميرة لالوش، الممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،2004، ص 62.

يعتبر العقد الذي يربط المريض والطبيب عقد مدني، لا يخضع لإجراءات العمل التجاري ولا يكون هدف الطبيب منه تحقيق الربح إنما يتحصل على أتعاب[1]. وهو ما نصت عليه المادة 27 من م.أ.ط.

بعد إجراء الكشف اللازم من الطبيب المختص على حالة المريض، يستدعي الأمر في أغلب الأحيان إدخال المريض إلى العيادة لمتابعة العلاج أو لإجراء تدخل جراحي وتتحدد التزامات الطبيب اتجاه مريضه وفقا لما تقضي به قواعد المهنة وقوانينها ما لم ينص العقد على زيادة بعض الالتزامات أو إنقاصها في الحدود التي يجوز فيها الاتفاق على ذلك، فإذا أخل الطبيب بالتزاماته يمكن للمريض الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية.

1 -M.M. (HANNOUZ), A.R (HAKEM), Op.cit, p37.

المبحث الثاني

صور خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي

يقوم الطبيب بأفعال يمكن وصفها بالأخطاء، لأنها تشكل إخلالا بواجبات تقع عليه، انطلاقا من طبيعة عمله وما يتصف به من أبعاد إنسانية، فتكيف على أنها أخطاء متصلة بالأخلاقيات الطبية[1] وتستمد من مخالفة مجموع واجبات مرتبطة بما توحيه المهنة من ثقة وائتمان على جسد المريض وروحه، ومن بينها إخلال الطبيب بواجب الإعلام بنوعية التدخل، وإخلاله بالحصول على رضاء المريض عند القيام بالتدخل الطبي.

تغيرت طبيعة العلاقة التي كانت تربط بين الطبيب والمريض، التي كانت تعطي للطبيب الحق والسلطة في اختيار العلاج ووقته وطبيعته إلى حق المريض في المشاركة في هذا الاختيار[2]، فلا يمكن للمريض في زمن تطورت فيه وسائل التشخيص والعلاج أن يبقى جاهلا لحقيقة مرضه ولطرق علاجه، فلقد مضى عهد السلطة الأبوية أو الوصاية الطبية الذي كان فيه الطبيب يتصرف في جسم المريض بدون رقيب، إلى زمن أدرك فيه المريض أن ممارسة الطب بدون رقابة تشكل خطرا وترتب أثار سيئة على حياته، وأن عدم التزام الطبيب بالحصول على رضا فعلي منه بعد إعلامه بمضمون العمل الطبي الذي ينوي القيام به من شأنه أن يحول جسده إلى حقل للتجارب بين أيدي الأطباء[3]

---

[1]- تسمى أيضا بالأخطاء المتعلقة بالإنسانية الطبية « Les fautes contre l'humanisme médical » أنظر د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص139.

تعتبر أيضا أخطاء طبية متعلقة بالواجبات الأدبية ذات الطابع القانوني، والتي يرجع في تحديدها إلى الآداب والأعراف والتقاليد الطبية المعمول بها، والتي تتضمنها عادة لوائح وآداب ومواثيق شرف المهنة، منها رفض علاج المريض وعدم إعلامه بالمخاطر الناجمة عن المرض، وعدم الحصول على رضائه. أنظر د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين المدنية في ضوء القضاء والفقه الفرنسي والمصري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 307.

[2]- Marie Dominique (FLOUZAT AUBA), Sami Paul (TAWIL), Droit des malades et responsabilité des médecins, mode d'emploi, marabout (Hachette livre), Italie, 2005,p25.

[3]- د/عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 94 وص 115و116.

(مطلب أول)، ومن جهة أخرى فكون العمل الطبي الذي يباشر على جسم المريض يمر بمجموعة من المراحل المتعاقبة التي يلتزم باحترامها، وفي أثناء ذلك قد يصدر منه تقصير أو إخلال بالأصول الفنية الطبية ويعد ذلك خطأ طبيا يستوجب مساءلته ، انطلاقا من ذلك سنتطرق إلى صور الخطأ الفني للطبيب عبر المراحل المختلفة للعمل الطبي والتي يصعب في حقيقة الأمر حصرها وتحديدها،**(مطلب ثان)**.

المطلب الأول
المساس بالأخلاقيات الطبية

لن يتحقق رضا المريض قانونا بالتدخل الطبي إلا إذا كان على علم ودراية كافية بنوع وطرق هذا التدخل والمخاطر التي يمكن أن يؤدي إليها، وإذا سلمنا بأهمية الأعمال الطبية، فإنه لا مناص من توفير الحماية للمريض ولعل أهمها هو مساعدته على اتخاذ قرار حاسم لقبول أو رفض التدخل الطبي من خلال التزام الطبيب بإعلامه. لذا فالإخلال بالالتزام بإعلام المريض في هذه الحالة يندرج ضمن صور خطأ الطبيب الذي يمس بالأخلاقيات الطبية، وهذا الالتزام أسبق من الالتزام بالحصول على رضا المريض، فالإعلام مقدمة الرضاء إذ يعتبر الأول هو الذي يجعل الثاني مستنيرا ومتبصرا بعواقب العلاج أو العمليات الجراحية **(فرع أول)**، ويشترط أيضا أن يحصل الطبيب قبل تدخله على موافقة المريض أو من يمثله، على طريقة العلاج أو العمل الطبي المراد القيام به، وتقصير الطبيب بهذا الواجب أيضا يعتبر صورة من صور الخطأ الطبي المتصل بالأخلاقيات الطبية **(فرع ثان)**.

الفرع الأول

إخلال الطبيب بالتزام إعلام المريض

يتعين على الطبيب قبل الحصول على رضا المريض للتدخل الطبي، أن يستوفي مرحلة أولية وضرورية، يعتبر الإخلال بها تقصير من جانبه يرتب المسؤولية الطبية، إذ يلتزم بإعلام مريضه بمقتضيات التدخل الطبي الذي سيقدم عليه، كي يتمكن من اتخاذ القرار عن وعي وبصيرة بنتائج ذلك التدخل، وهو التزام كرسته النصوص القانونية المتعلقة بمزاولة مهنة الطب، وألزمت به كل طبيب، كل هذا لإعادة التوازن للعلاقة بينه وبين المريض الذي لا يعلم شيئا عن العمل الطبي، كون هذه العلاقة تربط بين مريض يجهل أمور العمل الطبي وطبيب محترف أعلم بأمور ميدان الطب**(أولا)**، لكن قد يحدث أن يعفى الطبيب من هذا الالتزام في حالات معينة **(ثانيا)**.

أولا: تقصير الطبيب في الإعلام

إذا كان على الطبيب أن يحصل على رضا المريض أو من يقوم مقامه بالتدخل الطبي إذا كان على درجة من الخطورة، فتكون المقدمة المنطقية لرضا المريض أن يعرف – قبل أن يتخذ قراره - حالته المرضية، ومخاطر العمل الطبي الذي يقترحه الطبيب، إذ بذلك يكون رضا المريض بالعمل الطبي رضاء مستنيرا، ويكون قبوله عن بينة بحقيقة حالته المرضية والعلاج المقترح لها، وبالتالي فإن التزام الطبيب بإعلام المريض هو واجب تحذير وليس واجب إقناع[1].

يستند الالتزام بالإعلام على مبدأ حرمة جسد الإنسان، واحترام حريته الشخصية، فلا يجوز للطبيب المساس بجسم الإنسان قبل الحصول على رضاءه المتبصر والمستنير، ولا يتحقق هذا إلا بعد قيام الطبيب بإعلام المريض بجميع المخاطر التي تترتب عن العمل الطبي، ومن هنا نميز بين الإعلام الذي هو شرط ضروري للحصول على رضا حر ومستنير، عن الرضا الذي يعتبر بمثابة نتيجة للإعلام.

[1]- Nathalie (ALBERT), Obligation d'information médicale et responsabilité, Revue française de droit administratif, n° 2 mars- avril, Dalloz, Paris, 2003, p. 355.

1- المقصود بالتزام إعلام المريض

من أجل فهم المقصود بالتزام الطبيب بإعلام المريض لا بد من تعريفه، وبيان مصدره.

أ- تعريف التزام الطبيب بإعلام المريض

حاول كل من الفقه والقضاء تعريف التزام الطبيب بإعلام المريض، فتباينت التعاريف التي أعطيت لالتزام الطبيب بإعلام مريضه بين تأكيد طبيعته الإلزامية، وبين كيفيته، وبين من ركزت على طبيعة المعلومات وصفتها، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: " إعطاء الطبيب لمريضه فكرة معقولة وأمينة عن الموقف الصحي بما يسمح للمريض أن يتخذ قراره بالقبول أو الرفض ويكون على بينة من النتائج المحتملة للعلاج أو الجراحة"[1]، بذلك يعتبر الالتزام بالإعلام في جوهره بمثابة التزام بالحوار المتصل بين المريض والطبيب خلال مدة العقد الطبي بهدف الحصول على رضاء مستنير [2].

عرفته الأستاذة "جاكلين باز" بأنه: " **الوسيلة الضرورية للتأكد من تعاون المريض بالنسبة للتدابير التي ينوي الطبيب اتخاذها في حالة المريض ومن أجل العلاج الذي يقتضي إتباعه، وقررت بأن الطبيب يقع في الخطأ إذا لم يعلم المريض عن المخاطر التي يحتملها العلاج المقترح"[3].**

استعمل الفقه الإسلامي مصطلح أدق من مصطلح الإعلام بالمفهوم الحديث، حيث فضل الفقهاء استعمال عبارة "تبصير المريض"، حيث لا يقتضي الأمر على الطبيب مجرد إعلام المريض وإخباره بما سيقدم عليه، لكن عليه تبصيره، ومقتضى ذلك أن يكون عارفا معرفة مستنيرة وراضيا بالتدخل الطبي على جسده وأثاره[4].

أكد القضاء على ضرورة تنفيذ الطبيب لالتزامه بالإعلام، وحاول تجسيد هذا المبدأ والتأكيد عليه في عدة أحكام قضائية، فقد ذكرت محكمة النقض الفرنسية أوصافه في قرار

[1]- سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 136.

[2]- أسماء سعيدان، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص12.

[3]- مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 ، ص 174.

[4]- مراد بن صغير، مرجع نفسه، ص 176.

لها بأن: " **الإعلام يجب أن يكون سهلا ومفهوما وصادقا وملائما وتقريبيا"**[1]، **ويفهم** من ذلك أنه يجب أن تكون المعلومات التي يقدمها الطبيب لمريضه، واضحة معقولة ومبسطة بالنسبة للمريض وأمينة بالنسبة لمن يقدمها، على أن تكون هذه المعلومات تقريبية[2].

إلى جانب التزام الطبيب بالإعلام الملازم لكل مرحلة من المراحل المكونة لتدخله الطبي على جسم المريض فإنه يعتبر عديم الفائدة والنفع للمريض الإعلام الذي يأتي بعد التدخل الطبي، لذلك لا بد أن يتحقق الإعلام في مرحلة سابقة على بدء العلاج[3]، ويعتبر أيضا تأخر الطبيب في تنفيذ التزامه بإعلام المريض في الوقت المناسب خطأ مما يستوجب مسؤوليته بعد توفر الأركان الأخرى[4].

يسعى الطبيب لتمكين مريضه من استيعاب كل ما يقدمه له من معلومات فعليه أن يذكرها له بأبسط وسيلة ممكنة، مستعملا عبارات واضحة ميسورة الفهم[5]، ويجب كذلك أن يتسم إعلام الطبيب لمريضه بالدقة في وصفه للمرض الذي يشكو منه وللعلاج الذي يقترحه، كما ينبغي عليه أن يكون صادقا ومخلصا في إعلامه للمريض وهذا راجع إلى الثقة التي يضعها المريض في طبيبه، [6] إذ يقتضي ضرورة تزويده بمعلومات صحيحة بخصوص مرضه وعلاجه[7].

1- Cass. 1er civ. 07/10/1998.
- Cass. 1er civ. 09/10/2001. Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

2- د/ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المؤتمر العلمي السنوي المنظم بكلية الحقوق بيروت، مداخلة ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2004، ص 150.

3 - د/ عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية... ، مرجع سابق، ص 139 -140.

4 - د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 46.

5 - المادة 43 من م أ ط.

6 - د/ قادة شهيدة، التزام الطبيب بإعلام المريض المضمون والحدود وجزاء الإخلال، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د.تا)، ص86.

7 - هناك بعض الحالات التي يلجا إليها الطبيب للكذب في الإعلام تفاديا لما يلحق مريضه من اثأر سيئة من جراء مصارحته بخطورة المرض أو خطورة علاجه فهو كذب مبرر وهذا ما يفهم من نص المادة 51 من م أ ط.

في حين يتمثل الكذب الخبيث الذي يهدف الطبيب من وراءه إلى إخفاء حقيقة المرض ونتيجة الفحوصات عن المريض حتي يدفعه إلى الخضوع لعملية ما كان ليقبلها لو علم بالحقيقة كلية، إذ الكذب هنا يكون لصالح الطبيب وليس لفائدة المريض، فهو إذن تحايل على المريض، إذ كيفت محكمة استئناف باريس مثل هذا الكذب على انه خطأ جسيم. أنظر سامية بومدين، الجراحة التجميلية والمسؤولية المدنية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 112.

ب - مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض

يعتبر التزام الطبيب بإعلام المريض التزاما عقديا تفرضه طبيعة العلاقة العقدية التي تربط الطرفين، والتي تتميز باختلال التوازن بين كفتيها، كونها تربط بين مريض جاهل بالمسائل الفنية الطبية، وطبيب محترف، لذلك يلتزم الطبيب بإعلامه لإزالة هذا الإخلال وتدعيم الثقة التي يضعها فيه المريض، كما يعتبر أيضا التزاما قانونيا مهنيا فرضته النصوص المنظمة والمؤطرة لمهنة الطب.

*** العقد الطبي مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض**

يربط العقد الطبي طرفين تختل كفتي التوازن فيما بينهما، نظرا لعلم احدهما أكثر من الطرف الأخر، وهذا ما يجعل الإعلام ضروريا. فيجد التزام الطبيب بإعلام المريض أساسه في الثقة التي يضعها المريض في طبيبه، التي تأتي نتيجة عدم المساواة في العلم والمعرفة بينهما، وهو الأمر الذي يفرض مصارحة الطبيب له بكل المعلومات المتعلقة بحالته الصحية وبالعمل الطبي الذي سيقوم به على جسده، وما له من مزايا ومخاطر[1]، إذ يلتزم الطبيب من أجل أن تتوازن كفتي العقد الطبي، باحترام إرادة مريضه بأن يقدم له معلومات وافية تتعلق بحالته المرضية ليساعده على اتخاذ القرار المناسب في قبول أو رفض العمل الطبي[2]، لأن المريض لا يمكنه الإحاطة بهذه المعلومات الطبية أو استيعاب مضمونها بمفرده كونه ليس بمحترف، ولذا يتعين على الطبيب المهني إعلامه بغض النظر على وجود نص قانوني يلزمه بذلك[3].

*** التشريع مصدر التزام الطبيب بإعلام المريض**

يعبر التزام الطبيب بإعلام المريض عن واجب قانوني خاص يقع على عاتق الطبيب المشرف على نوعية العمل الطبي، بضرورة إحاطة المريض علما بكل المعلومات الأساسية المتصلة بنوعية التدخل الطبي وطبيعة العلاج المراد إخضاعه له.

---

[1]- د/ جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000، ص 65.

[2]- د/ زينة غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 2.

[3]- Philippe (LE TOURNEAU), Responsabilité civile professionnelle, 2eme édition, Dalloz, Paris, 2005, p. 90.

لم يعط المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية المنظمة للصحة تعريفا للالتزام بالإعلام، إلا أنه أشار في بعض المواد بأنه من بين الالتزامات التي تقع على الطبيب مهما كان مستواه، إذ أن المشرع لم يكتف بوصف الرضا الواجب الحصول عليه من المريض بالمتبصر، وإنما أكد وأصر على التزام الطبيب بإعلام المريض، فقد نصت المادة 43 من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أنه: " **يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يجتهد لإفادة مريضه بمعلومات واضحة وصادقة بشأن أسباب كل عمل طبي**".

أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في المادة 44من نفس المدونة بنصها :
" **يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة المريضة موافقة حرة ومتبصرة، أو لموافقة الأشخاص المخولين منها ومن القانون...**". يقصد بعبارة "موافقة حرة ومتبصرة "، أن يقوم الطبيب بإعلام المريض مسبقا عن كل جوانب العمل الطبي، لكن أغفل المشرع تحديد محتوى هذا الالتزام.

كما ألزمت المادة 47 من (م.أ.ط) الطبيب تحرير وصفاته بكل وضوح، وأن يحرص على تمكين المريض أو المحيطين به من فهم وصفاته فهما جيدا كي لا يخطأ المريض عند تناوله للدواء في عدد الجرعات الواجب أخذها، أو في الأوقات الواجب تناوله فيها.

تؤكد مجمل هذه النصوص أن الالتزام بالإعلام يتجاوز حدود العقد وبالتالي فإن الطبيب ملزم بأدائه حتى خارج الإطار العقدي كونه التزام قانوني مهني فرضته قواعد قانونية مهنية، لذلك فالطبيب الذي لا ينفذ التزامه بالإعلام يكون مسؤولا عما يصيب المريض نتيجة العلاج ولو لم يرتكب الطبيب أي خطأ في مزاولته(1).

تناول أيضا ضرورة الإعلام في القانون المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في عدة نصوص منها ما ورد في المادة 154 في فقرتها الأولى والثالثة بنصها: " **يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أو من يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك**"، ثم أضافت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: " **وإذا رفض العلاج الطبي فيشترط تقديم تصريح كتابي لهذا الغرض، وعلى الطبيب أن يخبر المريض او الشخص الذي خول إعطاء الموافقة بعواقب رفض العلاج...**".

---

[1]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 121.

كما أكد هذا الالتزام لاسيما في حالة التدخل الطبي المنطوي على درجة كبيرة من الخطورة والمجازفة، كما هو الحال في مجال نقل وزرع الأعضاء، إذ نص في المادتين2/162 و5/166 من نفس القانون السالف الذكر على ضرورة إعلام والحصول على رضا كل من المتبرع والمستقبل [1].

أما المشرع الفرنسي فقد تناول هذا الالتزام في المادة 35 من قانون أخلاقيات الطب الصادر بموجب المرسوم رقم 95-1000 الصادر في 6 سبتمبر1995، التي يفهم منها أنه يجب على الطبيب إعلام المريض الذي يفحصه أو يعالجه إعلاما صادقا وواضحا [2]، وهو ما أكد عليه أيضا من خلال أحكام قانون 4 مارس 2002، المعدل والمتمم لقانون الصحة العامة الفرنسي[3]. يهدف هذا القانون المسمى بقانون كشنار[4]، إلى ترقية وتطوير حقوق المرضى وطبيعة الخدمات ونظام الصحة العامة، حيث أكدت المادة 1111-2 على ضرورة الإعلام الصريح حول كل مقتضيات التدخل الطبي بهدف تمكين المريض من اتخاذ القرار المناسب[5]. وأضافت المادة 1111-4 التزام الطبيب بالحصول على الرضا المتبصر للمريض[6].

[1]- المادة 2/162 والمادة 5/166 (ق.ح.ص.ت).

[2] -Art.35 dispose : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne, ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée ».

[3] -Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et a la qualité du système de santé, JORF du 5 mars 2002.

[4] - Serge (BISMUTH), Jean Christophe (POUTRIN) , et autres, La loi Kouchner en médecine générale :le dossier d'abord ?In Revue Exercer, N0 79, Toulouse, septembre-octobre 2006, p112.

[5] - Art.1111-2 : «Toute personne prends avec le professionnel de santé et compte tenu des informations qu'il lui fournit, les concernant sa santé.

Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre un traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment… ».

[6]- Art.1111-4 : «Toute personne a le doit d'être informé sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences…cette information incombe à tout professionnel de sante dans le cadre de ses compétences et dans le respect des professionnelles qui lui sont applicables… ».

2- مضمون الإعلام

ينصب إعلام الطبيب للمريض حول طبيعة المرض الذي يعاني منه بعد تشخيصه وتحديده تحديدا صحيحا، ثم على طبيعة العلاج الذي تستلزمه هذه العلة والبدائل العلاجية المتوفرة، الأمر الذي يظهر بأن الالتزام بالإعلام ينصب على كافة مراحل العلاج، كما أن المريض ينتظر من طبيبه أن يخبره بالنتائج التي تترتب على العمل الطبي وبالأخص المخاطر التي قد تنجر عنه.

أ- امتداد التزام الإعلام عبر مراحل التدخل الطبي

يلازم الالتزام بالإعلام العلاقة الطبية في مراحلها المختلفة[1] من تشخيص وعلاج، بل ويمتد كذلك إلى المرحلة اللاحقة على العلاج.

* الالتزام بالإعلام في مرحلة التشخيص

تعتبر مرحلة التشخيص[2]، أول مرحلة من مراحل العمل الطبي ، وهي فن التعرف على المرض عن طريق تقنيات عديدة مثل الفحص، واللمس، والطرق الخفيف على بعض المواضع، وتسمع دقات القلب، وقياس ضغط الدم، بالاستعانة بأجهزة بسيطة كالسماعة، ومطرقة قياس ردود الفعل، وجهاز قياس ضغط الدم، ظلت لفترة طويلة الأدوات التي يلجأ إليها الطبيب لوضع تشخيص[3].

تطورت وسائل التشخيص[4]وأدواته تطورا كبيرا نتيجة التطور التكنولوجي، وأصبحت أكثر مساسا بسلامة الجسم، وزادت في الوقت ذاته من المخاطر التي يمكن أن

---

[1] - تجدر الإشارة إلى أنه في مرحلة الفحص الابتدائي التي تسبق التشخيص، لا يتم فيها الإعلام ولا الحصول على الرضا إذ يعتد بالرضا الضمني للمريض المتمثل في لجوءه إلى عيادة الطبيب، الذي يعتبر دعوة منه للفحص الخارجي الذي لا مساس فيه لسلامته الجسدية حتى لو استعمل الطبيب بعض الأدوات للكشف على هذا الجسد.

[2] - نص المشرع الجزائري على مرحلة التشخيص في المادة 16 من مدونة أخلاقيات الطب.

[3] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 67.

[4] - يتمثل سبب ظهور هذه الوسائل الحديثة في التشخيص إلى ظهور طوائف جديدة من الأمراض يصعب التعرف عليها من خلال الفحوصات البسيطة، إما لأن الأعراض تتشابه مع أعراض مرض أخر، وإما لأن الفحوصات البسيطة لا تجدي في تبيين طبيعة المرض، ومن بين هذه الوسائل الحديثة في التشخيص التي يجد الطبيب نفسه مضطر لاستخدامها نجد صور الأشعة بأنواعها المختلفة، والتحاليل المعملية والمجهرية، فهي أكثر فعالية، ولكنها أصبحت أكثر مساسا بسلامة الجسم. د/جابر محجوب علي، مرجع نفسه، ص 67.

يتعرض لها المريض نتيجة استخدام هذه الوسائل[1]، إذ يتعين على الطبيب إعلام المريض بطريقة التشخيص التي يريد إخضاعه لها للتأكد من طبيعة العلة التي يشكو منها، سواء تمثلت في تحاليل معملية أو مجهرية، أو عمليات استكشافية أيا كانت طبيعتها، ومست بسلامة جسد المريض فإنه يتعين على الطبيب إحاطته علما بطبيعتها[2]، وأن عدم لجوء الطبيب لوسائل التشخيص الحديثة للكشف عما يعانيه المريض يعتبر خطأ يقيم مسؤوليته[3]، حيث يظهر القضاء تشددا على وجه الخصوص في مواجهة الأخصائيين من الأطباء إذا أهملوا الوسائل الحديثة للكشف عن المرض[4].

فعلى الطبيب بعد أن يتوصل إلى تشخيص معين، إعلام مريضه بطبيعة العلة أو المرض الذي يعاني منه، وأن يصف له ذلك من خلالها أن يصف له العلة التي يعاني منها فيخاطب كل حسب شخصيته ومستواه، وأن يعمل على إنزال السكينة في نفس المريض، وأن يصف له الحالة التي يمكن أن يؤول إليه المرض في حالة عدم معالجته، وهذا يسمح للمريض أن يتخذ قراره عن علم وبصيرة. فالتبصير في هذه المرحلة له أهمية في تهيئة المريض نفسيا لقبول إكمال المراحل المقبلة للعمل الطبي[5].

* **الالتزام بالإعلام عن العلاج وبدائله**

تعتبر مرحلة العلاج المرحلة التي تلي التشخيص، يتم فيها إتباع الوسائل المتاحة من أجل الوصول بالمريض إلى الشفاء[6]، إذ يتخذ التدخل الطبي أشكالا وصورا مختلفة، قد يكون عن طريق وصف أو تقديم أدوية، وفي هذه الحالة يعتبر تدخلا علاجيا كيميائيا، كما قد يكون تدخلا علاجيا جراحيا.

ينصب الإعلام في هذه المرحلة حول طبيعة العلاج أو العملية التي يراها الطبيب ضرورية والهدف الذي يسعى إلى تحقيقه، كما يلتزم بتبصير المريض بالفوائد التي ينتظر

---

[1] - د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 159.

[2] - د/ عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص120.

[3] - غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 62.

[4] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص68.

[5] - د/ زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص 145.

[6] - د/ عبد الرشيد مأمون، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص214.

تحققها ونسبة احتمال الحصول عليها ونسبة الفشل في ذلك[1]، وكذلك يعلم مريضه بتعدد طرق العلاج ويظهر له تفضيله لطريقة على أخرى، فإن اختيار المريض لغير الطريقة التي يفضلها الطبيب يجعل هذا الأخير يتوقف على العلاج، فإذا كان المريض حر في رفض العلاج وعدم إرغامه على طريقة من طرق العلاج، فإن الطبيب كذلك غير مجبر على إتباع طريقة علاج يرى أنها غير مجدية[2].

اعترف المشرع الجزائري بمبدأ حرية الطبيب في وصف العلاج من خلال المادة 11 من (م.أ.ط) [3]، كذلك يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في إعلام مريضه حول البدائل العلاجية، لان المشرع لم ينص على هذا الالتزام، على خلاف المشرع الفرنسي الذي ألزم الطبيب من خلال المادة 1111-2 من قانون 4 مارس 2004 على ضرورة إعلام المريض حول تعدد البدائل العلاجية[4]، كما أكدت بعض المحاكم الفرنسية بضرورة الإعلام عن البدائل العلاجية، وهو ما ذهبت إليه محكمة "نيس" NICE الابتدائية الفرنسية في حكمها الصادر في 16 جانفي1954 [5].

ب- وجوب الإعلام عن مخاطر التدخل الطبي

يعتبر الإعلام حول مخاطر العلاج النقطة التي دارت حولها معظم المتابعات القضائية المرفوعة ضد الأطباء، إذ أن تحقق أحد المخاطر المرتبطة بالعلاج، عادة ما يدفع المريض إلى القول أنه لو أحيط علما بهذا الخطر أو ذاك ما كان ليوافق على

---

1 - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص74.

2 - غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص66.

3 - المادة 11 من (م.أ.ط) تنص عما يلي: " يكون الطبيب وجراح الأسنان حرين في تقديم الوصفة التي يريانها أكثر ملائمة للحالة ويجب أن تقتصر وصفاتهما وأعمالهما على ما هو ضروري في نطاق ما ينسجم مع نجاعة العلاج ودون إهمال واجب المساعدة المعنوية ".

4 - Art 1111-2 stipule : « … ainsi que sur les autres solutions possibles… »

5 - قضت المحكمة أن الطبيب الذي كان يعالج مريضا من إصابة في عصب الوجه، والذي كان مخيرا بين عدة بدائل للعلاج، كان يجب عليه تبصير المريض بوجود هذه الخيارات، وبمخاطر الطريقة التي اختارها، خاصة وأن أي حادث في تطبيق العلاج يعني بالنسبة للمريض المحروم من نور إحدى العينين إصابته بالعمى، وانتهت المحكمة إلى أن هذا الحادث إذا وقع فعلا، فإن الطبيب الذي لم يرتكب أي خطأ في تطبيق طريقة العلاج، يكون مسؤولا عن الضرر الذي أصاب المريض، نظرا لاختيار طريقة تتضمن نسبة من المخاطر تصل إلى 24,6% في حين كانت طريقة أخرى لا تزيد المخاطر فيها عن3% دون أن يعلم المريض بتوفرها وتفضيله لها. أنظر د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص76.

العلاج المقترح، وعليه فمن الضروري على الطبيب أن ينبهه بالمخاطر المرتبطة بالعلاج[1].

*** تحديد المخاطر المتوقعة**

ينصب الإعلام عادة على المخاطر المتوقعة دون المخاطر الاستثنائية التي يصعب تقديرها، حيث حصر القضاء الفرنسي التزام الطبيب حول المخاطر الأولى دون الثانية، ويعتبر خطر متوقع كل خطر خضع لتقييم إحصائي وورد ذكره في المراجع الطبية، واستقر الطب على حدوثه[2]. إذ يلتزم الطبيب بإعلام مريضه وذلك بإحاطته علما بمخاطر العلاج المقترح وإمكانية تحققها، تمكنه من فهم وضعيته الصحية وتساعده على اتخاذ القرار المناسب إذ على ضوء المعلومات الخاصة بالمخاطر ونسب تحققها يقرر المريض الموافقة على العلاج المقترح أو البقاء بدون علاج في حالة عدم وجود بدائل أو خيارات علاجية.

*** تحديد المخاطر غير المتوقعة**

لا يلتزم الطبيب بإعلام المريض بالمخاطر غير العادية وغير المتوقعة، لأن ذلك سيثير قلق المريض مما يدفعه إلى رفض العلاج، لكنه يلتزم استثناء بإعلام المريض عن المخاطر غير المتوقعة ويتحقق هذا في مجال جراحة التجميل[3]، وعمليات نقل وزرع الأعضاء [4] ومجال التجارب الطبية التي يظهر فيها صراحة تأكيد المشرع الجزائري في المادة 168 من ق.ح.ص.ت على خضوع التجريب للموافقة الحرة والمتبصرة للشخص موضوع التجريب أوعند عدمه لممثله الشرعي[5] .

---

1 - د/ عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص 130 و131.

2 - غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 70.

3 - أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 18 نوفمبر 1969، بأن الطبيب يكون مسؤولا إذا أجرى عملية جراحية لامرأة تبلغ من العمر 66 سنة بقصد إزالة الورم والتجاعيد الموجودة أسفل عينيها، وقد فشلت العملية ونتج عنها عمى بعينيها اليسرى، واعتبر الطبيب مسؤولا لعدم تنبيه المريضة بالاحتمالات الخطيرة لتدخله الجراحي، حتى وإن كانت هذه الاحتمالات نادرة الوقوع. أنظر د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص29.

4 - أنظر المادة 162 من ق ح ص ت.

5 - أكد القضاء في حكم شهير في كندا سنة 1965، في قضية تتلخص وقائعها في أن طالب تقدم ليكون محلا لتجربة طبية علمية للتأكد من فعالية مخدر جديد، وتمت الموافقة منه كتابة غير أن القائم بالتجربة لم يخبر الطالب بأنه سوف يتم وضع أنبوب دقيق=

يفهم من هذا الاستثناء أن هناك حالات محددة يجب أن يقوم الطبيب فيها بتبصير مريضه تبصيرا مشددا، أي بجميع الحوادث والآثار سواء كانت مؤكدة أو محتملة الوقوع وسواء أكان العمل الطبي علاجيا أم جراحيا وذلك لاعتبارات عديدة(1)، وتتمثل هذه الحالات كما سبق الذكر في التجارب الطبية وعمليات استقطاع الأعضاء البشرية وزرعها وكذا الجراحة التجميلية غير العلاجية(2) هذا من جهة.

يتعين على الطبيب من جهة أخرى تقديم المشورة والنصح للمريض بشأن ضرورة موافقته على التدخل الطبي وهذا من خلال تنبيهه بشان درجة خطورة تفاقم مرضه وتأثيره على حياته في حالة رفضه هذا التدخل، وفي هذا الصدد قضى القضاء الفرنسي بتاريخ 7 أكتوبر 1998 بالتزام الطبيب بالإعلام عن المخاطر الخطيرة أو الجسيمة بغض النظر عما إذا كانت متوقعة أو استثنائية وقرر بأنه فيما عدا حالة الاستعجال أو الاستحالة أو تنازل المريض للإعلام فإن الطبيب يكون ملزما بأن يقدم له إعلاما صادقا واضحا ومناسبا عن المخاطر الجسيمة الملازمة للفحوصات والعلاج المقترح، ولا يعفى الطبيب من هذا الالتزام بمجرد كون وقوع الخطر لا يكون إلا استثنائيا(3).

يرى الفقيه سارقوس Sargos مستشار بمحكمة النقض الفرنسية، أن الالتزام بالإعلام يقتصر فقط على الأخطار الجسيمة، فيعرف الخطر الجسيم بأنه الخطر الذي يؤثر على

= يتم إدخاله في أحد أوردة الجسم التي تصل إلى القلب، وبعد نهاية التجربة أصيب الطالب بأضرار صحية كبيرة. أنظر أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص43 .

1 - من بين هذه الاعتبارات نجد معصومية الجسد المتمثل في حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده، واعتبار العقد الطبي من عقود الثقة التي لا تتعارض مع الكذب، وكذا كمال أهلية المريض وإرادته.

2 - د/ زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص 166 -202.

إن الإعلام في مجال الجراحة التجميلية، يجب أن يشمل حتى المخاطر البسيطة لأن أي تشويه بسيط قد يكون محلا للمساءلة الطبية، مادام أن هذا النوع من الجراحة يهتم بالمظهر الخارجي للشخص هذا ما أكده القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1998/02/17، بتقرير أن:

" الالتزام بالإعلام لا بد أن يتضمن زيادة على المخاطر الجسيمة كل العواقب التي يمكن أن تنتج عن العملية..."

Cass, 1ere Civ 17 fev.1998 : « L'obligation d'information doit porter non seulement sur les risques graves mais sur tous les inconvénients pouvant en résulter… ». Cité in Nathalie (ALBERT), Op.cit, p356.

3 - Arrêt Civil n° 1567 du 7 octobre 1998. Cité in : J (HUREAU), D (POITOUT), L'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 2eme édition, MASSON, Paris, 2005, p174.

قرار المريض بقبوله العلاج أو رفضه والذي من طبيعته أن يؤدي إلى وفاة المريض أو إحداث عاهة مستديمة تجعل المريض في حالة نفسية متدهورة[1].

نخلص مما سبق أن الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب بإعلام مريضه هو التزام بتحقيق نتيجة وهذا انطلاقا من المبادئ الثابتة في المجال الطبي وفقا للقواعد الأساسية المتفق عليها في مهنة الطب وهو ضرورة تبصير مريضه وإحاطته علما بمخاطر المرض وطريقة العلاج قصد الحصول على الموافقة منه في العلاج.

ثانيا: حالات إعفاء الطبيب من الالتزام بإعلام المريض.

يلتزم الطبيب كقاعدة عامة بإعلام مريضه بكل ما يتعلق بحالته الصحية والعلاج الملائم لها، وما ينتج من هذا العلاج من نتائج إيجابية وسلبية على حد السواء، وإخلاله بهذا الالتزام يثير مسؤوليته، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات تجعل الطبيب معفى من الالتزام بإعلام المريض، إذا تواجد هذا الأخير في ظروف لا تتحمل التأخير مثل حالة الضرورة والاستعجال، ومراعاة حالة المريض الصحية والنفسية، وكذا حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام.

1- حالة الضرورة والاستعجال في التدخل الطبي

قد يضطر الطبيب إلى العمل تحت ظرف الاستعجال، عندما يصادف شخصا مصابا في حادث تستدعي حالته الصحية القيام بأعمال طبية عاجلة، أو كون المريض فاقد الوعي، فيكون تدخل الطبيب هنا هو الوسيلة الوحيدة لإنقاذ حياة المريض، فعندما تكون حياة المريض مهددة بخطر فإنه يعفى الطبيب من المسؤولية عن عدم إعلامه للمريض[2].

---

[1] - M. Sargos a proposé de considérer comme tels les risques qui « sont de nature à avoir une influence sur la décision du patient d'accepter ou de refuser des investigations ou des soins. Ces risques graves peuvent se définir comme étant ceux qui sont de nature à avoir des conséquences mortelles, invalidantes, ou mêmes esthétiques graves... ». Voir : Annick (DORSNER DOLIVET), La responsabilité du médecin, Ed ECONOMICA, Paris, 2006, p79.
Voir aussi : Mireille (BACACHE-GIBELLI), L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, p3.Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical. Voir sur : www.univ-paris5.fr/ cddm/index.php.

[2] - أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار، التزام الطبيب بإعلام المريض، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 ابريل 2008، ص87 .

أشار المشرع الجزائري إلى هذه الحالة في المادة 52 فقرة 2 من م أ ط "**...ويجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال أو تعذر الاتصال بهم أن يقدم العلاج الضروري للمريض**".

كما أكد على ذلك باستعماله لعبارة الظروف الاستثنائية في المادة 166 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي تنص عما يلي:

" **يجوز زرع الأنسجة أو الأعضاء البشرية دون الموافقة المذكورة الأولى والثانية أعلاه إذا اقتضت ذلك ظروف استثنائية أو تعذر الاتصال في الوقت المناسب بالأسرة أو الممثلين الشرعيين للمستقبل الذي لا يستطيع التعبير عن موافقته في الوقت الذي قد يتسبب أي تأخير في وفاة المستقبل...**" .

هذا الاستثناء أكدته محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في أن مريضا تقدم إلى الطبيب وهو يعاني من ثقبين بعظام الفخذ يسيل منهما النخاع الشوكي فأجريت له جراحة دون إعلامه بها، أدت إلى إحداث شللا تاما له، وقضت المحكمة على أن الضرورة وحالة الاستعجال تعفيان الطبيب من واجب الإعلام[1].

فحالة الاستعجال لا تقوم إذا كان بإمكان الطبيب الاتصال بأسرة المريض لإعلامهم، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 8 نوفمبر 1955 على أنه:" **يلتزم الطبيب في غير حالة الضرورة على الحصول على رضا مستنير من المريض أو من أقاربه أو ممثله القانوني**"[2].

2- حالة مراعاة الظروف الصحية والنفسية للمريض

يلتزم الطبيب بإعلام مريضه بكل ما يتعلق بحالته الصحية ومخاطر العلاج المتوقعة وغير المتوقعة، وكذا البدائل والخيارات العلاجية ونسبة نجاحها وفشلها، إلا أنه مراعاة للحالة الصحية والنفسية للمريض قد يقوم الطبيب بإخفاء بعض المعلومات عنه أو سردها بطريقة عامة وغير مفصلة، لان قواعد الطب تؤكد على ضرورة إقدام المريض على الجراحة وهو مرتاح نفسيا[3].

---

1 - أسماء سعيدان، مرجع سابق، ص 79.

2 - أسماء سعيدان، مرجع نفسه، ص 82.

3 - مراد بن صغير، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض...، مرجع سابق، ص 195.

سبق القول أنه يجب على الطبيب أن يبصر المريض بحالته الصحية ودرجة خطورة التدخل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي الذي يراد إجراؤه حتى يتخذ المريض قراره بالموافقة على هذا التدخل عن بينة بحقائق الأمور، وأي إخفاء لحقيقة ما أو كذب فيما يدلي به الطبيب للمريض يعتبر خطأ يستوجب المسؤولية وأساس هذه المتابعة تتمثل في مبدأ حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسده ولو كان هذا المساس بقصد العلاج، وفي الثقة التي يضعها المريض في الطبيب، فالكذب يتعارض مع هذه الثقة.

إلا أنه استثناء في بعض الحالات يبرر هذا الكذب إذا كان في مصلحة المريض، لأنه يواجه أحيانا أشخاص ضعفاء وأطفال ومسنين، فيجب عليه أن يتلاءم مع ظروفهم والكذب، ولا يعتبر الطبيب مخطئا طالما يهدف إلى مصلحة المريض[1] ، وهذا النوع من الكذب يسميه الفقه بالكذب المبرر أو المتفائل[2].

3- حالة تنازل المريض عن حقه في الإعلام

يعفى الطبيب من التزامه بإعلام المريض إذا تنازل هذا الأخير عن حقه في الإعلام تاركا للطبيب مهمة علاجه بمقتضى الثقة التي يضعها المريض في طبيبه[3]،إذ يسلم المريض نفسه للطبيب تاركا له مهمة علاجه أي القيام بما يراه ضروريا في حالته، وقد يكون التنازل برفض المريض إعلامه من الطبيب المعالج[4]، وعلى الطبيب في هذه الحالة أن يقيم الدليل ويبرهن أن المريض قد رفض قبول التبصر أو إبداء الرضاء، وذلك بعد تنبيهه إلى ما قد يترتب على هذا الرفض من السماح للطبيب بإجراء ما يراه مناسبا من أعمال طبية دون الرجوع إليه[5].

---

[1] - د/ منصور مصطفى منصور، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص 22 و23.

[2] - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 111 و112.

[3] - Marie Dominique (FLOUZAT AUBA), Sami Paul (TAWIL), Op.cit, p27.

[4] - Abdelkader (KACHER), Une réflexion sur le principe de précaution appliquée a la médecine : Quelques notes sur son approche en droit français et algérien, Colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9et 10 avril 2008, , p 3.

[5] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 177.

الفرع الثاني

إخلال الطبيب بالتزام الحصول على رضا المريض

يتدخل الطبيب على جسم المريض من خلال عدة أعمال طبية يهدف من ورائها إلى التخفيف من الآلام والمعاناة، إذ يجب عليه بعد إعلام مريضه بنوع التدخل الطبي المقدم عليه الحصول على الرضاء من المريض شخصيا أو من المخولين منه إذا كان غير قادر على ذلك، فإخلال الطبيب بهذا الالتزام يعتبر تقصير في جانبه **(أولا)**، إذ يرتب القانون جزاء عن هذا الإخلال **(ثانيا)** إلا أن هناك حالات استثنائية لا يلتزم فيها الطبيب بالحصول على رضا المريض، إذا تواجد هذا الأخير في ظروف لا تتحمل التأخير إلى حين الحصول على الرضا**(ثانيا)**.

أولا: تقصير الطبيب في الحصول على رضا المريض

يتمتع المريض بحقوق مقدسة على جسده، تعتبر الدافع إلى إقرار وجوب الحصول على رضاه قبل إتيان الطبيب لأي تدخل طبي، إذ يلتزم الطبيب قبل مباشرة العمل الطبي على جسم المريض إعلامه بكل ما يتعلق بحالته الصحية والعلاج الملائم له، ومخاطر العلاج ومخاطر الامتناع عن العلاج، لكن لا يكفي الإعلام وحده لمباشرة التدخل الطبي بل لابد من موافقة حرة ومتبصرة من المريض، أي لا بد من صدور رضا منه لكي يتمكن الطبيب من التدخل على جسمه، فالتدخل الطبي دون موافقة المريض يعتبر خطأ تترتب عنه المسؤولية الطبية.

1- مضمون التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض

من أجل فهم مضمون الرضا الصادر من المريض لا بد من تعريفه، وبيان أوصافه.

أ- المقصود برضا المريض المتبصر

يقصد بالرضا تعبير المريض عن إرادته في قبول التدخل الطبي، أي هو الإذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرك وقادر على الإفصاح عن رأيه في قبول أو رفض التدخل الطبي سواء كان علاجيا أو جراحيا. وهذا الرضا يخضع للقواعد العامة[1].

---

[1] - المادة 60 من ق م ج.

يرتبط الطبيب مع المريض عادة بمقتضى عقد طبي، قرر وجوده القضاء الفرنسي منذ 1936، يلعب فيه الرضا دورا مزدوجا، فهو ركن لانعقاده وشرط أساسي لتنفيذه. يتضح من ذلك أن الطبيب متى ارتبط مع المريض بعقد التزم بالحصول على رضاه ويبقى الطبيب أيضا ملتزما بالحصول على موافقة المريض حتى في حالة عدم وجود عقد بينهما، كونه شرط قانوني لممارسة مهنة الطب أوجبته النصوص المنظمة للصحة، فقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في المادة 44 من م.أ.ط التي تنص عما يلي:

" يخضع كل عمل طبي، يكون فيه خطر جدي على المريض، لموافقة المريض موافقة حرة متبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون..." (1) .

ب - أوصاف الرضا محل الالتزام

يرى الفقه والقضاء أنه لكي يكون الرضا الصادر من المريض مشروعا يجب أن يتخذ عدة أوصاف، وهو أن يكون متبصرا، حرا، ومشروعا.

***أن يكون الرضا متبصرا**

يقصد بذلك أن يكون المريض عالما بحالته الصحية وبنوع الأعمال الطبية أو الجراحية التي ستجرى له وما ينطوي عليها من نتائج ومخاطر، فالتبصير الذي يجب إفادة المريض به هو ذلك العرض المستوفي الذي يعرض على المريض بطريقة سهلة ويسيرة دون الاكتفاء بالعبارات والمصطلحات الأكاديمية ذات المدلول العلمي التي لا يفهمها المريض باعتباره رجل عادي(2).

*** أن يكون الرضا حرا**

تتمثل حرية الرضا في اختيار المريض قبول التدخل الطبي أو رفضه بعد أن يكون على بصيرة وعلم ودراية بما عزم الطبيب على عمله، فللمريض وحده حق الموافقة على التدخل الطبي أو العدول عنه(3)، فلا يستطيع الطبيب أن يفرض على مريضه علاجا معينا أو تدخلا دون موافقته على ذلك.

---

[1] - المواد 162 و166 و2/168 من (ق.ح.ص.ت).

[2] - د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 135.

[3] - تؤكد المادة 49 من م.أ. ط والمادة 3/154 من ف.ح. ص.ت بأنه إذا رفض المريض العلاج الطبي يشترط منه تقديم تصريح كتابي بهذا الشأن.

***أن يكون الرضا مشروعا**

أما مشروعية الرضا فهي أن يكون موضوع الرضا لا يخالف النظام العام والآداب العامة، فتكون موافقة المريض على التدخل الطبي هو علاجه، أما إذا كانت الموافقة تتعلق بعمل مخالف للقانون كأن يوافق المريض على جعل حد لحياته كالانتحار، أو الموافقة على القتل بدافع الرحمة، فهي أعمال غير مشروعة[1].

2 – نطاق التزام الطبيب بالحصول على موافقة المريض

يمارس الطبيب أثناء تدخله على جسم المريض عدة أعمال طبية يهدف من ورائها إلى إزالة العلة التي يشكو منها المريض أو على الأقل التخفيف من ألامه ومعاناته، فيلتزم بالحصول على إذن المريض بها إذا كانت تدخلات خطيرة، وحصول الطبيب على الرضا يكون من المريض شخصيا وإن تعذر ذلك فمن المخولين منه أو من الممثلين القانونيين الذين يمكن للطبيب الرجوع إليهم للحصول على هذه الموافقة الضرورية لإباحة هذه الأعمال الطبية التي يأتيها الطبيب ويمس بها جسم الإنسان.

لا بد من البحث أولا على الأشخاص محل وجوب الحصول على الموافقة منهم والذي يعتبر الطبيب مخطئا إن لم يعلمهم بمحتوى التدخل الطبي، وكذلك الأعمال الطبية محل التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض.

أ- الأشخاص محل التزام الطبيب بالحصول على رضائهم

يصدر الرضا من المعني بالأمر وهو المريض إذا كان وضعه وأهليته تسمحان له بذلك، وإلا فيجوز لمن يقوم مقامه وهم المخولين منه أو لمن منح لهم القانون صلاحية تمثيله كالولي والوصي أو القيم أن يرضوا عوضا عنه، وإذا كان المريض قاصرا أو بالغا عاجزا يحول دون قدرته على الرضا فيتم اللجوء إلى الغير للحصول على الموافقة.

لا يكون العمل الطبي إذن مباحا إلا إذا رضي به المريض، ولا يكون الرضا صحيحا إلا إذا كان صادرا عن شخص متمتع بالأهلية اللازمة والخالية من عيوب الإرادة التي يمكن أن تفسده وهي الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال وذلك وفقا للقواعد العامة[2].

---

[1] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 67.

[2] - راجع المواد 81 إلى 85 والمادتين 86 و87 من ق.م.ج.

لم تحدد النصوص القانونية المنظمة للصحة سنا معينة حتى يكون المريض أهلا أن يصدر منه الرضا عن العمل الطبي، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة المتعلقة بأهلية التصرف في القانون المدني [1]، ويتخذ الغير اللذين يمكنهم الرضا عوض المريض صفة المخولين منه أو من القانون الذين يجب على الطبيب الرجوع إليهم للحصول على الموافقة قبل تنفيذ العمل الطبي وهو ما نصت عليه المادة 44 من م.أ.ط المذكورة أعلاه[2].

إذا تعلق الأمر بمريض قاصر أو بالغ عاجز، فإن المشرع الجزائري أولى به عناية فائقة وذلك من خلال الحماية القانونية التي خولها له من خلال وضعه تحت مسؤولية ممثله، فيلزم الطبيب بإخطار ممثله القانوني ويحصل منه على الرضا قبل تنفيذ العمل الطبي[3].

تنص المادة 52 من م.أ.ط عما يلي:

" يتعين على الطبيب أو جراح الأسنان المطلوب منه تقديم العلاج لقاصر أو لعاجز بالغ أن يسعى جاهدا لإخطار الأولياء أو الممثل الشرعي و يحصل على موافقتهم".

وتضيف المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت عما يلي:

"...يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة، إذا تطلب الأمر تقديم علاج مستعجل لإنقاذ حياة أحد القصر ...ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب...".

ب -الأعمال الطبية محل الالتزام بالحصول على الرضا

يتعين الحصول على الرضا في كل عمل طبي علاجي مهما كان، وتزداد أهمية الموافقة في الأعمال الطبية التي تتسم بالخطورة كعمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية.

---

[1] - سن الرشد المدني طبقا للمادة 40 من القانون المدني هو 19 سنة، وسن الرشد الجزائي هو 18 سنة طبقا للمادة 442 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الصادر بموجب أمر 66-155 مؤرخ في 18 سفر عام 1386 الموافق لـــ 8 جوان سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر عدد 48، السنة الثالثة، مؤرخة في 19 صفر 1386 الموافق لـــ 10 جوان 1966، معدل ومتمم.

[2] - أجاز المشرع الجزائري من خلال المادة 44 من م.أ.ط لأشخاص مخولين من المريض أن يصدر عنهم رضا في تنفيذالعمل الطبي نيابة عن المريض إلا أنه لم يحدد صفة هؤلاء المخولين من المريض ولا صلاحياتهم أو مهامهم.

[3] - عبد الكريم بلعرابي، محمد سعداوي، الإعفاء من المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 أفريل 2008، ، ص 183.

نصت المادة 154 من ق.ح.ص.ت عما يلي:

"يقدم العلاج الطبي بموافقة المريض أومن يخولهم القانون إعطاء موافقتهم على ذلك..." .

يقصد بالأعمال الطبية تلك الأعمال التي يقوم بها شخص متخصص من أجل شفاء الغير والتي يستند إلى الأصول والقواعد الطبية المقررة في علم الطب، فاللجوء إلى العلم من أجل الشفاء هو الذي يميز الطب عن السحر والشعوذة[1]، إذ يعد العلاج وإزالة العلة التي يعاني منها المريض الهدف الذي يقصده هذا الأخير عند اتصاله بالطبيب، فيلتزم الطبيب ببذل العناية اليقظة، الوجدانية والمتناسبة مع متطلبات العلوم الطبية وأن يضع كافة إمكاناته المادية والمعرفية في خدمة صحة هذا المريض الطرف الضعيف في العلاقة الطبية، ولا يلتزم بتحقيق الشفاء[2].

أكد المشرع الجزائري على تدخلين طبيين خطيرين نظمهما تنظيما خاصا، حيث أصر على ضرورة الحصول على الموافقة الخاصة الكتابية والرضا المتبصر والحر، وهما نقل وزرع الأعضاء البشرية والتجارب الطبية[3].

ثانيا: جزاء إخلال الطبيب برضا المريض

يعد خطأ يقيم مسؤولية الطبيب، تدخل هذا الأخير لإجراء العلاج الطبي دون الحصول على رضاء المريض به، ودون أن يكون هناك استعجال أو خطر جسيم يبرر ذلك، إذ كثيرا ما يستغل الطبيب ضعف مريضه أو وقوعه تحت تأثير أدوية مخدرة لكي يجري التدخل الطبي دون الحصول على موافقته[4].

يقوم خطأ الطبيب أيضا عند مباشرته أعمالا طبية أخرى، خلاف تلك التي رضي بها المريض، فالرضاء الصادر من المريض ليس رضاء عاما وإنما رضاء خاصا ينحصر في عمل أو أعمال محددة من الأعمال الطبية، ومن ثم الطبيب لا يستطيع أن يتجاوز هذا

---

[1] - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 23.

[2] - صالح جميل، طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د تا)، ص 77.

[3] - راجع المواد 162 و166 و 168 من قانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها المعدل والمتمم بموجب قانون 90-17.

[4] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 438.

الرضاء الخاص ليقوم بأعمال أخرى خلاف تلك التي كلف بها، وهو ما قضت به محكمة استئناف "**أميان**" AMIENS بتاريخ 20 فيفري 1958[1].

يتخذ خطأ الطبيب حين إخلاله بالحصول على رضا المريض صور متعددة، فقد لا يقوم الطبيب بتنفيذ الالتزام أصلا أي عدم الحصول على الرضا، أو يتأخر في تنفيذ الالتزام كالحصول على الرضا بعد القيام بالتدخل الطبي، كما قد ينفذ الالتزام بشكل معيب كالحصول على الرضا دون إعلام سابق[2]، وهذا وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية لأن نصوص قوانين الصحة خالية من هذه الأحكام.

يعتبر قيام الطبيب بعمل من الأعمال التي تحتاج إلى موافقة المريض دون الحصول عليها، إنما يقوم بذلك على مسؤوليته، فإذا ترتب على التدخل نتائج ضارة كان مسؤولا، ولو لم يثبت أنه أخطأ فنيا، لمجرد قيامه بالعمل دون رضاء مسبق من المريض أو من يقوم مقامه[3]، والمسؤولية التي تنشأ عن عدم الحصول على رضاء المريض لا تكون سوى مدنية. ولتحديد طبيعتها يقتضي الأمر التفرقة بين حالتي وجود العقد الطبي وانتفائه[4].

ويثور التساؤل حول مدى جواز الخيرة عندما تجتمع أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في المجال الطبي؟ أم أن أحكام أحدهما ألزم من الأخرى؟.

يترتب على إخلال الطبيب بالالتزام بالحصول على رضا المريض قبل تنفيذ العمل الطبي إخلال بالتزام عقدي وإخلال بالتزام قانوني، لذا فتجتمع أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية.

يعتبر الأخذ بالخيرة بين أحكام المسؤوليتين في المجال الطبي أمر مبرر ذلك أن الخطأ المهني مستقل عن العقد، وأن التزام الطبيب به ليس مرده العقد فقط وإنما هو موجود بدونه، ضف إلى ذلك أن مهنة الطب هي وظيفة اجتماعية تجعل الإخلال بأحكامها إخلال

---

[1] - قضت محكمة استئناف "**أميان**" AMIENS بوجود خطأ في جانب الجراح الذي قام، رغم عدم وجود حالة استعجال بإجراء عملية فتح واسع في تجويف الرئة، بدلا من عملية تدمير قمة الرئة التي رضيت بها المريضة كوسيلة للعلاج من السل الرئوي الذي كانت مصابة به.

[2] - د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، 46.

[3] - د/ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص20.

[4] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 443.

بالنظام العام تتجاوز حدود العقد[1]، تفرضها ما للمريض من حقوق على جسده مقررة شرعا ومكرسة دستورا ومحمية قانونا.

ثالثا: الاستثناءات الواردة على التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض

إذا كان الأصل عدم جواز مباشرة الطبيب للتدخل الطبي على جسم المريض قبل موافقته موافقة حرة متبصرة، كون المساس بسلامته البدنية دون رضائه المسبق خطأ يرتب المسؤولية الطبية، لكن هذا الأصل ترد عليه استثناءات تجعل الطبيب لا يلتزم بالحصول على رضا المريض، إذا تواجد في ظروف لا تتحمل التأخير إلى حين الحصول على الرضاء وتتحقق في حالة الاستعجال، كما تستثنى أيضا بعض الأعمال من هذا الالتزام كونها تضمن الحفاظ على النظام العام، فتتم هذه التدخلات دون الاعتداد برضا المريض.

1- حالة الاستعجال

يضطر الطبيب في بعض الحالات إلى العمل تحت ظرف الاستعجال الذي يعتبر حالة لا تحتمل التأخير، ما يجعله يتدخل منم تلقاء نفسه دون الحاجة انتظار الحصول على موافقة المريض شريطة توفر ما يبرر هذه الحالة الاستثنائية.

أ- المقصود بحالة الاستعجال

تتحقق حالة الاستعجال كلما وجد الطبيب نفسه أمام مريض كانت حالته أمام درجة عالية من الخطورة، وان إسعافه يقتضي من الطبيب التدخل على وجه السرعة لإنقاذ المريض من الخطر المحدق بدون أي انتظار[2]. يكون هذا الظرف في عدة حالات، كالطبيب الذي يمر في طريق معينة ويكون شاهدا لحادثة تجعله يكون مضطرا للتدخل للقيام بأعمال طبية عاجلة[3]، أوالحالة التي ينقل فيها المريض إلى المستشفى الذي يعمل فيها الطبيب وهو فاقد للوعي بسبب تعرضه إلى إصابات ناتجة عن حوادث الطرق والقطارات وسقوط الطائرات...إلى غير ذلك من الحوادث الخارجية[4].

---

[1] - د/ عز الدين حروزي، مرجع سابق، ص 113.

[2] - د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين... ، مرجع سابق، 326.

[3] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، 179.

[4] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، 131.

أشار المشرع الجزائري على إمكانية مباشرة الطبيب للعمل الطبي الذي لا يتطلب التأجيل نظرا لتوفر ظرف الاستعجال في المادة 2/52 من م.أ.ط التي تنص عما يلي:

" ... يجب على الطبيب أو جراح الأسنان في حالة الاستعجال...أن يقدم العلاج الضروري للمريض".

وأكد على ذلك أيضا في المادة 44 من م.أ.ط التي تنص عما يلي:

"...وعلى الطبيب أو جراح الأسنان أن يقدم العلاج الضروري إذا كان المريض في خطر أو غير قادر على الإدلاء بموافقته".

ب - شروط تحقق حالة الاستعجال

يسمح للطبيب بالتدخل الطبي دون الحصول على موافقة المريض، عندما يكون أمام حالة مريض لا تتحمل التأخير، إذ يعتبر العنصر الزمني فيها عنصرا أساسيا، بيد أن هذا العنصر لا يكفي وحده لقيام حالة الاستعجال، إنما يجب أن يتواجد المريض في عزلة تامة أمام الطبيب، أي فاقدا للوعي، ويستحيل الاتصال بمن يقوم مقام المريض وهم الممثلين القانونيين اللذين ينوبون عنه، كل هذه الشروط يتعين توفرها مجتمعة للقول بوجود حالة الاستعجال[1].

يتمثل الشرط الأول في كون العمل الطبي عمل تفرضه ضرورة لا تحتمل التأجيل، فكلما كانت حياة المريض مهددة بخطر داهم ومحدق وأن عدم إسعافه في الحين يؤدي إلى الموت أو تفاقم حالته الصحية ليصبح مرضا يستعصى علاجه فيما بعد، ففي هذه الحالة لا ينتظر الطبيب إفاقة المريض أو حضور أحد أقاربه المخولين منه أو من القانون لإبداء الموافقة على التدخل الطبي[2]. فحياة المريض أولى بالرعاية لذا لا بد أن يتدخل الطبيب حتى وإن لم يحصل على الموافقة وبقائه مكتوف اليدين وانتظاره إلى حين الحصول على الرضا ولم يسرع باتخاذ الإجراءات التي من شأنها إنقاذ حياة المريض يجعله مسؤولا[3].

---

[1] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، 178 و179.

[2] - د/ هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، 88.

[3] - د/ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، 186.

يعتبر فقدان المريض للوعي الشرط الثاني لتوفر حالة الاستعجال، حيث يجوز للطبيب في حالة الاستعجال الاستغناء عن إرادة المريض لمباشرة التدخل الطبي إذا كان عاجزا على التعبير عن إرادته في قبول أو رفض العلاج[1].

يعتبر كذلك عدم وجود المخولين من المريض للرجوع إليهم من بين شروط توافر حالة الاستعجال التي يعفى بموجبها الطبيب من الالتزام بالحصول على رضا المريض. فلا يمكن للطبيب أن يتمسك بأن السبب الذي جعله يقوم مباشرة بالتدخل الطبي هو عدم قدرة المريض على التعبير عن إرادته، بل عليه أن يسعى إلى الحصول على رضا المخولين من المريض أو من القانون متى كان ذلك ممكنا. فلا يعفى من المسؤولية ولا يقبل تحججه بحالة الاستعجال إلا في حالة عدم وجود أي مخول من المريض أو من القانون معه أو صعب الاتصال بهم أو استحال ذلك لعدم المعرفة بهم وعدم وجود ما أو من يحددهم أو يكشف عن هويتهم للحصول على الموافقة منهم بدلا من المريض المتواجد في حالة فقدان الوعي[2].

توجد نصوص قانونية صريحة تؤكد هذا المعنى، حيث أكد المشرع الجزائري على ذلك في المادة 2/154 من ق.ح.ص.ت التي تنص عما يلي:

" ...يقدم الطبيب العلاج الطبي تحت مسؤوليته الخاصة لإنقاذ حياة احد القصر أو أحد الأشخاص العاجزين عن التمييز أو اللذين يستحيل عليهم التعبير عن إرادتهم ويتعذر الحصول على رضا الأشخاص المخولين أو موافقتهم في الوقت المناسب".

نخلص إلى القول أن حالة الاستعجال تعطي للطبيب الحق في التدخل، دون اعتداد بإرادة المريض، للقيام بما يلزم لإنقاذ هذا الأخير، ولا يمكن اعتباره مخطئا. على أن قيام هذا الحق يفترض توافر شروط الاستعجال التي يخضع تقديرها للقضاء.

2- التدخلات الإجبارية

يباشر الطبيب التدخل الطبي دون أن يحصل على موافقة المريض في الحالات التي يفرض القانون فيها إجراءات وقائية في إطار الاهتمام بالصحة العامة، كالتطعيم الإجباري

---

[1] - د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص180.

[2] - غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 110.

ضد بعض الأمراض منعا من تفشيها وانتشارها، وكذلك من خلال الفرض الإلزامي لبعض الفحوصات، وإجبار المرضى على العلاج حين إصابتهم ببعض الأمراض.

أ- التطعيمات الإجبارية

لا يتطلب التطعيم الإجباري موافقة المريض أو رفضه، لأنه يدخل ضمن الإجراءات الضرورية المعممة على كافة السكان في حالة الخوف من تفشي بعض الأمراض[1]، فيعتبر التطعيم الإجباري المجاني من بين التدابير الوقائية والعلاجية بقصد حماية الصحة العامة في المجتمع، مما يقضي الاستغناء عن حق الفرد في الموافقة قبل أي تدخل طبي تحقيقا لمصلحته ومصلحة المجتمع التي هي على قدر كبير من الأهمية. لهذا يخضع له السكان قصد الوقاية من الأمراض المعدية[2].

ب- الفحوصات الإجبارية

حماية للمصلحة العامة قد تفرض فحوصات إجبارية دون أن يحصل الطبيب على موافقة المعني بالأمر، إذ توجد بعض الفحوصات الإجبارية التي تعتبر من قبيل الاحتياطات اللازم اتخاذها في الحدود الوطنية سواء البرية أو البحرية أو الجوية[3]، تستهدف تجنب انتقال الأوبئة المعدية إلى الوطن، وهذه الوقاية الصحية تمارس تحت سلطة الوزير المكلف بالصحة[4] عن طريق وضع مراكز صحية مقامة في الموانئ والمطارات...الخ.

يعتبر الفحص الطبي قبل الزواج إجباريا، حيث يلتزم المقبلون على الزواج بإجراء تحاليل طبية لإثبات خلوهم من الأمراض المعدية، إذ تفطن المشرع الجزائري بفائدة وضرورة هذا الفحص، فأدخله ضمن تعديل قانون الأسرة لسنة 2005، حيث استحدث المادة 7 مكرر وجعله إجراء ضروري لكل مقبل على الزواج[5]، ويهدف هذا الفحص الطبي من جهة إلى الوقاية أو الحد من الأمراض الوراثية التي يمكن أن تنتقل إلى الأبناء

---

1 - د/ عبد الكريم مأمون، حق الموافقة على الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص 251.

2 - راجع المادة 55 من ق.ح.ص.ت.

3 - راجع المادة 56 من ق.ح.ص.ت.

4 - راجع المادة 2/57 من ق.ح.ص.ت.

5 - راجع المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

إذا ما أصيب أحد الزوجين أو كلاهما بها، ومن جهة أخرى فإن اكتشاف المرض في بداية الإصابة به وهذا يعود بالفائدة على المريض الذي يبدأ في العلاج مبكرا قبل ان يتفاقم مرضه[1].

أعطى القانون للطبيب حق فرض إرادته على المريض، كما هو الحال بالنسبة للمرضى من رجال القوات المسلحة، فإنه بمجرد انخراطهم في الجندية يصبح رضائهم غير لازم فيما تتطلب حالتهم من أنواع العلاج[2]، ويجد هذا الحد في الحصول على الرضا أساسه في أن الحرية الفردية تتلاشى أمام سلامة الدولة[3].

منح القانون[4] للقاضي الأمر بإجراء فحص طبي لبعض المتقاضين بهدف الإثبات المدني أو الجنائي، فيمكنه أن يأمر في دعاوى إنكار النسب بأخذ عينة من الدم لمعرفة البصمة الوراثية حتى وإن رفض الزوج إجراء هدا الفحص، ولكن لا يمكنه إجبار المتقاضي على إجراء فحص طبي يمكن أن يسبب له ضررا ولو طفيفا، ولا يمكنه أيضا أن يأمر بإجراء علاج أو جراحة معينة [5].

هناك حالات أخرى لا يشترط فيها الاعتداد بإذن الشخص لإجراء الفحص الطبي كما هو الحال بالنسبة لفحص طب العمل في إطار قانون 90-11 [6] المتعلق بعلاقات العمل الذي نص على ذلك في المادة 7 منه[7].

ج- العلاج الإجباري

تظهر حالات العلاج الإجباري في حالتين تتمثل الأولى في العزل الصحي للمصاب بالمرض المعدي والثانية في العلاج الإجباري للمريض عقليا.

---

1 - د/ حسن صلاح الصغير عبد الله، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 19و20.

2 - د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين، مرجع سابق، ص331.

3 - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 132.

4 - أجازت المادة 40 من قانون الأسرة للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية.

5 - د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 331.

6 - قانون 11/90، مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17، السنة 27 مؤرخة في 01 شوال 1410 الموافق لـ 25 أفريل 1990، معدل ومتمم.

7 - المادة 7 من قانون 90-11 السالف الذكر.

يمكن أن يفرض العزل الصحي على الشخص المصاب بمرض معدي أوالمشكوك إصابته به. لذا يجب على الطبيب أن يعلم فورا المصالح الصحية المعنية بأي مرض معد شخصه وإلا كان مسؤولا[1].

يسمح للسلطات الإدارية بالاستشفاء الإجباري للمريض عقليا، حينما يشكل خطرا على الغير بدون طلب من هؤلاء[2].

تجدر الإشارة في الأخير أن السلطة التقديرية لتقدير خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي ترجع إلى قاضي الموضوع، الذي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة واستقلال في تقدير الأخطاء المتصلة بالأخلاقيات والإنسانية الطبية ولا يكون له أن يندب خبير للقيام بذلك[3].

المطلب الثاني

المساس بالأصول الفنية لمهنة الطب

يتعدى الخطأ الطبي إطاره الإنساني، ليقوم في كل مرة يصدر فيها خطأ فني تقني عن الطبيب، وهي أخطاء لا يمكن أن تقع من غيره، وتعتبر الأعمال الفنية أو المهنية أعمال لصيقة بصفة الطبيب، ولا يمكن لشخص غريب القيام بها لكونها تتطلب علما ووسائل علمية دقيقة، والخطأ في مثل هذه الحالات يكون في الخروج عن الأصول المهنية والفنية ومخالفة قواعد العلم، كالخطأ في الفحص الطبي والتشخيص أو العلاج، كل هذه المسائل ذات طابع فني لا يختص بها إلا الطبيب **(فرع أول)**، وقد يرتكب الطبيب الجراح أخطاء عند مباشرته للتدخل الجراحي مهما كانت طبيعته وسوف نتعرض إلى بعض الصور الفنية لخطأ الجراح نظرا لكون العمليات الجراحية بطبيعتها من الأعمال الخطيرة لما تنطوي عليه من مساس مباشر بجسم الإنسان والذي يعتبر سببا لإثارة مسؤولية الجراح **(فرع ثان)**.

---

1 - راجع المادة 54 من ق.ح.ص.ت.

2 - راجع المواد من 124 إلى 128 من ق.ح.ص.ت.

3 - أحمد هديلي، استقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص247. أنظر كذلك : د/ محمد حسن قاسم. مرجع سابق، ص 142و143.

الفرع الأول

خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي العلاجي

يتميز التدخل الطبي العلاجي بمجموعة من المراحل المتعاقبة والتي يلتزم الطبيب باحترامها وأن مخالفتها تشكل خطأ طبيا يستوجب قيام مسؤولية الطبيب.

يمكن تقسيم خطأ الطبيب في التدخل العلاجي إلى فئتين، تتمثل الأولى في الأخطاء التي يرتكبها قبل البدء في العلاج **(أولا)**، والثانية الأخطاء التي يرتكبها في مرحلة العلاج ذاتها أي عند وصف العلاج ومباشرته**(ثانيا)**.

أولا: خطأ الطبيب في المراحل السابقة للعلاج

تتمثل المراحل التي يقوم بها الطبيب قبل وصفه للعلاج ومباشرته له، في مرحلة الفحص الطبي ومرحلة التشخيص، وفي أثناء قيام الطبيب بهذه الأعمال قد يرتكب أخطاء من شأنها أن تلحق ضرر بجسم المريض.

1-خطأ الطبيب في مرحلة الفحص الطبي.

بعد أن يتحصل الطبيب من المريض على شكواه المرضية، وتاريخ المرض يبدأ أولى خطوات التعامل مع المريض من خلال الفحص الطبي[1]، ونظرا لأن الفحص الطبي التمهيدي والتكميلي للمريض يعد خطوة ضرورية قبل العلاج الطبي أو التدخل الجراحي، فإن إهمال الطبيب إجراء هذه الفحوص يشكل إهمالا قي جانب الطبيب وبالتالي خطأ يسأل عنه، ويتحمل المسؤولية عن الأضرار والمضاعفات التي تسبب إصابة المريض نتيجة ذلك أو أدت إلى وفاته[2].

إستقر القضاء المصري على أن إهمال الطبيب في إجراء هذه الفحوص يشكل خطأ طبي يسأل عنه[3].

---

[1] - يتم الفحص الطبي عبر مرحلتين تتمثل الأولى في مرحلة الفحص التمهيدي (الظاهري)، ومرحلة الفحص التكميلي، أنظر مراحل العمل الطبي المشار إليها في المطلب الأول من المبحث الأول.

[2] - د/ أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2008، ص 26.

[3] - د/ هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص115.

2- **خطأ الطبيب في مرحلة التشخيص**

يعرف التشخيص على أنه الجزء من العمل الطبي الذي يهدف إلى تحديد طبيعة المرض ووضعه في الإطار المحدد له[1]، ويعتبر المرحلة الأولى وأهم مرحلة من مراحل التدخل الطبي بفضله يتم تحديد العلاج المناسب للعلة التي يشكو منها المريض[2].

يجب على الطبيب للوصول إلى تشخيص سليم أن يبذل العناية اليقظة، إذ عليه السماع إلى شكوى المريض وان يأخذ منه كافة المعلومات التي يحتاج إليها، ثم يبدأ بفحص المريض بشكل دقيق لمواضع الألم مستعملا جميع الوسائل المتاحة التي يضعها العلم تحت تصرفه، بحيث يكون رأيه في التشخيص بعيدا عن الغلط قدر الإمكان[3]. وعليه تجنب التسرع والإهمال في الفحص، ويحاول تطبيق معارفه وقواعد الطب تطبيقا صحيحا، فإذا تسرع في التشخيص وتوصل إلى تشخيص خاطئ دون الاستعانة بكافة الوسائل المتاحة له، يكون قد أخطأ مما يرتب مسؤوليته[4].

يعتبر الخطأ في التشخيص من الأخطاء الشائعة في الممارسات الطبية، والخطأ لا يتوافر إلا إذا كان الطبيب يجهل قواعد علم المهنة الثابتة التي يجب أن يلم بها كل طبيب.
إذ يجب على الطبيب أن يحاول معرفة المرض الذي يعاني منه المريض وتطوره وأساسه ومراعاة بنية المريض وحالته الصحية والتأثيرات الوراثية، وتنشأ لدى الطبيب فكرة عن المرض المطلوب تشخيصه مما يسمعه من المريض وما يراه من علامات وأعراض ظاهرة.

إذا كان تشخيص الطبيب لحالة المريض المعروضة عليه سليما ودقيقا استطاع أن يصف له العلاج الذي يتناسب مع حالته المرضية، وإذا فشل في ذلك كانت الأعمال اللاحقة الهادفة إلى معالجته وشفائه فاشلة هي الأخرى[5]، وهذا الفشل في أغلب الأحيان

---

[1] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 58.

[2] - Michèle (HARICHAUX –RAMU), Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Fasc 440-5, Editions Techniques, Juris-classeurs, 1993, p3.

[3] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 252.

[4] - د/ هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

[5] - د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص138.

يعتبر خطأ يستوجب مساءلة الطبيب، لكن يجب التمييز بين الأخطاء التي تستوجب مساءلة الطبيب وتلك التي لا يسأل عنها أثناء التشخيص.

أ- الأخطاء التي يسأل عنها الطبيب أثناء التشخيص

يسأل الطبيب إذا كان الخطأ في التشخيص يشكل جهلا واضحا بالمبادئ الأولية للطب والتي تعد الحد الأدنى الذي يتفق مع أصول المهنة الطبية المتعارف عليها نظريا وعمليا بين أسرة الأطباء[1]، فيجب عليه معرفة ومتابعة كل تطورات العلم الطبي والوسائل المستحدثة في هذا المجال[2].

لا يشكل الغلط في التشخيصErreur de diagnostic بالضرورة خطأ طبيا، فمثل هذا الخطأ يمكن أن يثير مسؤولية الطبيب إذا تم عن جهل جسيم بأولويات الطب Ignorance grave des données médicales وهو ما يؤدي إلى الغلط العلمي في التشخيص، أو عن إهمال في الفحص الطبي Négligence dans l'examen clinique كأن يتم بطريقة سطحية أو غير كاملة superficielle ou incomplète D'une manière rapide، بمعنى تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون الاستماع للمعلومات أو الاستعانة بالتحاليل الطبية التي تمكنه من الوصول غلى تشخيص سليم لحالته الصحية ويسمى الإهمال في التشخيص [3].

إستقر الفقه[4] والقضاء في فرنسا على أن الغلط في التشخيص بذاته لا يثير من حيث المبدأ مسؤولية الأطباء، حيث قضت محكمة ليون LYON في1 ديسمبر1981 [5] بأن الغلط في التشخيص لا يعد بذاته خطأ، إلا إذا كان هذا الخطأ منطويا على جهل واضح

---

1 - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 51، أنظر كذلك د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 140.

2 - Michèle (HARICHAUX –RAMU), Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Op.cit. 4.

3 - د/ علي عصام غصن، الخطأ الطبي، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، (د.د.ن)، 2010، ص ص 61-64.

4 - كان الفقيه "**بردوارديل**" يردد عبارة لطلبة الطب يقول فيها: "كثيرا ما وقعت في غلط لكن ليس لأحد أن يوجه إلينا أي لوم ما دمنا قد توخينا الدقة في البحث ففحصنا الأعراض والسوابق قبل إجراء التشخيص، فإذا ظهر فساد مع ما اتخذناه من الاحتياط لعدم الوقوع في الغلط فليس لأحد أن يحاسبنا " نقلا عن: أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص 121.

5 - Lyon. 1 Dec 1981. D.1982.I.R.27

نقلا عن د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 123.

ومخالفة للأصول العلمية الثابتة التي يتحتم على كل طبيب الإلمام بها، بشرط أن يكون الطبيب كذلك بذل الجهود الصادقة اليقظة التي يبذلها الطبيب المماثل في الظروف القائمة[1].

تضع المحاكم في اعتبارها عنصر الاحتمال الذي يتميز به العمل الطبي بصفة عامة وتشخيص المرض بصفة خاصة، فتقضي بأن الغلط فيه لا يعد خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب، إلا أن الأمر يختلف إذا كان هذا الغلط غير مغتفر، كما إذا كانت علامات وأعراض المرض ظاهرة للطبيب[2].

لا يريد القضاء مؤاخذة الطبيب على مجرد الغلط الذي هو جزء من الطبيعة الإنسانية، ويقع فيه أفضل الأطباء، إنما يريد الوقوف بوجه كل نقص أو إهمال يصدر عن الطبيب في اللجوء إلى كافة الوسائل الحديثة، إذ يعتبر الطبيب مخطئا إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى عدم الاستعانة بالوسائل العلمية الحديثة المتاحة له من طرف علم الطب كالأشعة والفحص الميكروسكوبي[3]، أوانه استخدم آلات ووسائل مهجورة، وطرق

---

[1] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 252. أنظر كذلك: د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 48. د/ هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

[2] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 52.

[3] - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص125.

ففي إحدى القضايا تتلخص وقائعها أن امرأة (غير متزوجة) شكت لأحد الأطباء ألاما في بطنها وقرر أنها تعاني من ورم ليفي يجب استئصاله فورا، وفي أثناء إجراء العملية الجراحية ظهر له وهو يستأصل بيت الرحم أنه اخطأ في التشخيص، وأن المرأة حامل في الشهر الأخير وليس لديها ورم، فأخرج جنينا حيا يوشك أن يبلغ شهوره الرحمية، لكن مساء ذلك اليوم تعرضت الوالدة لألام حادة ونزيف دموي مصحوب بمضاعفات تسبب في وفاتها، وقررت المحكمة أن القانون وإن لم يفرض على الطبيب العصمة فإنه لا يذهب إلى حد السماح له بتشخيص داء المريض بطيش دون أن يحيط نفسه بالمعلومات الضرورية والمفيدة التي تساعده في تكوين رأيه ودون أن يستعمل الوسائل التي يوصى عليها العلم في البحث والرقابة- تلك هي قواعد يقضي بها العقل والحكمة ولا تحتاج إلى بحث في النظريات الطبية- فإغفالها يجعل الطبيب إذا أخطأ في التشخيص مسؤولا عن خطئه وأنه كان عليه أن يكتشف حالة الحمل لو انه استعمل كل الطرق التي كانت تحت تصرفه ليضمن في حدود الإمكان تشخيصا صحيحا. د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، 58. أنظر كذلك أحمد حسن الحيارى، مرجع سابق، ص 120.

لم يعد معترف بها علميا في هذا المجال، فيكون بذلك مسؤولا عن الضرر اللاحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص الخاطئ[1].

يتحمل الطبيب المسؤولية في حالة عدم قيامه باستشارة زملاء له أكثر تخصصا منه حتى يتبين له طبيعة الحالة المعروضة عليه[2]، فهذا يعتبر من قبيل الأخطاء التي يسأل عنها، خاصة إذا ثارت شكوكه في تشخيص المرض، وهو ما نصت عليه المادة 69 من م أ ط التي تقضي ضرورة استشارة طبية مشتركة مع زميل أخر بمجرد ما تقضي الحاجة لذلك.

تثور مسؤولية الطبيب إذا قامت الأدلة على أن تشخيص الطبيب للمرض إنما تم بسرعة عابرة، تنطوي على قدر كبير من عدم الاهتمام واللامبالاة، كأن يحدد الطبيب حالة المريض على أنها قرحة في المعدة مع أنها في الحقيقة سرطان، أو أن يشخص إصابة مريض على أنها التواء في مفصل الكوع ومعالجته على هذا الأساس ويتبين أن حقيقة الإصابة كسر في الكوع،[3] فإنه يكون مخطئا وبالتالي مسؤولا على جبر الضرر الذي لحق بالمريض نتيجة هذا التشخيص السطحي البعيد عن التعمق والاهتمام[4].

وعموما فإن الخطأ في التشخيص الذي يثير مسؤولية الطبيب هو الخطأ الذي يظهر جهلا واضحا وإهمالا جسيما أو خطأ لا يغتفر أو مخالفة صريحة للأصول العلمية الثابتة في علم الطب.

ب -الأخطاء التي لا يسأل عنها الطبيب أثناء التشخيص

لا يسأل الطبيب إذا تعلق الأمر بحالة من الحالات التي كثيرا ما يقع بشأنها الأخطاء كصعوبة اكتشاف مرض السل في بداياته في الوقت الذي يكون فيه المصاب به في صحة

---

1 - د/ هشام عبد الحميد فرج، مرجع سابق، ص 117.

2 - يعتبر كذلك خطأ في التشخيص قيام الطبيب باستشارة لزملائه الأكثر تخصصا منه، لكنه لم يأخذ برأيهم، بحيث أصر على رأيه رغم تبينه من أراء زملائه لطبيعة خطئه في التشخيص.

3 - د/ جاسم علي سالم الشامسي، مسؤولية الطبيب والصيدلي، مداخلة ضمن المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004ص 404.

4 - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 254. د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 140.

جيدة فيحوم الشك حول إصابته، فالأعراض المرضية قد تتشابه وتختلط لدرجة أنها تختفي فيها حقيقة المرض على أكثر الأطباء خبرة ودراية[1].

كذلك يعفى الطبيب من المسؤولية إذا كان الخطأ في التشخيص راجعا إلى ترجيحه لرأي علمي على أخر أو لطريقة في التشخيص على طريقة أخرى طالما أننا بصدد حالة لازالت أمام البحث والتطور العلمي[2].

لا تثور مسؤولية الطبيب في الحالات التي لا تساعد فيها الأعراض الظاهرة للمريض عن كشف حقيقة الحالة المرضية المعروضة عليه، نتيجة لالتهابات يصعب معها تبين طبيعة الجرح أو مصدره[3].

لا تتحقق مسؤولية الطبيب إذا شخص حالة استثنائية ولم يستطيع استشارة طبيب أخر نظرا لحالة الضرورة والاستعجال، أما إذا لم تتوفر حالة الاستعجال أو الضرورة فإنه يعتبر مسؤولا عن خطئه لعدم لجوءه إلى الاستعانة بآراء زملائه.

يعفى الطبيب من المسؤولية إذا كان الخطأ في التشخيص راجع إلى إعطاء المريض طبيبه معلومات خاطئة، أي نتيجة تضليل المريض للطبيب في البيانات، وهو ما تضمنته المادة 177 من القانون المدني الجزائري، إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه.

نخلص إلى القول أن الطبيب يسأل عن الخطأ في التشخيص، إذا كان التشخيص الذي توصل إليه ينطوي على جهل واضح بالمبادئ الأولية للطب أو إذا تم هذا التشخيص عن إهمال أو تسرع في الفحص الطبي أو إذا أهمل الطبيب الوسائل الحديثة من أشعة وتحاليل أو إذا لم يستشير طبيب أخر أكثر دراية وخبرة منه عندما تصعب عليه الحالة المرضية.

---

[1] - كريم عشوش، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر،2007، ص 178. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص49، و د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 123.

[2] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 49.

[3] - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 123.

ثانيا: خطأ الطبيب في وصف العلاج ومباشرته

يأتي العلاج بعد مرحلة التشخيص، فهو مرحلة تحديد العلاج المناسب لحالة المريض، ويعرف على أنه الدواء أو الطريقة التي يختارها الطبيب والمناسبة لشفاء المريض [1]، يهدف إلى دراسة الطرق والوسائل الممكنة والمتاحة من اجل الوصول بالمريض إلى الشفاء متى أمكن ذلك، وقد يقع الطبيب المعالج في أخطاء سواء عند وصفه للعلاج أو عند مباشرته له.

1-خطأ الطبيب في مرحلة اختيار العلاج

استقر الفقه والقضاء على مبدأ حرية الطبيب في اختيار ما يراه مناسبا لوصف العلاج للمريض، وكثيرا ما يخطئ الطبيب الذي منحت له حرية هذا الاختيار.

أ- مبدأ حرية الطبيب في اختيار طريقة العلاج

يتمتع الطبيب بحرية واسعة في اختيار العلاج، فالطبيب حر في وصف العلاج الذي يراه مناسبا للمريض [2] في الحدود التي يدخل وصفه ضمن الوصفات التي أصبحت من المسلمات في حينه[3].

استقر القضاء في فرنسا على تكريس حرية الطبيب في اختيار العلاج، فقد قضت محكمة Aix-en Provence بأن الطبيب الجراح له حرية اختيار طريقة العلاج التي تبدو له أنها الطريقة الصحيحة والملائمة للحالة المعروضة عليه[4].

أكد المشرع الفرنسي في المادة الثامنة (08) من مدونة أخلاقيات مهنة الطب على أن الطبيب حر في وصف العلاج الذي يتناسب مع حالة المريض[5].

يخضع الطبيب الذي يتمتع بحرية اختيار طريقة العلاج وتحديد الدواء للالتزام العام ببذل العناية اليقظة المتفق مع الأصول العلمية الثابتة في أن يكون الدواء نافعا، ولا يعتبر

---

1 - كريم عشوش، مرجع سابق، ص 180.

2 - Michèle (HARICHAUX –RAMU), Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Op.cit. p 5.

3 - د/ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص 162.

4 - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص265.

5- Art 8 de ce code dispose que : **« ... le médecin est libre de ses prescriptions qui seront celles qu'il estime les plus appropriées en la circonstance. »**. voir aussi : Michèle (HARICHAUX – RAMU), Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Op.cit. p 5.

كذلك إلا إذا كان مناسبا لحالة المريض، وعليه مراعاة بنية المريض وسنه ودرجة وقوة احتماله للمواد الكيميائية التي يحتويها الدواء، وحتى حالته النفسية، ليختار له بعد ذلك الدواء أو الطريقة المناسبة للعلاج[1].

إن الحرية التي يتمتع بها الطبيب أو الجراح في اختيار طريقة العلاج والوسائل ليست حرية مطلقة بل مقيدة، مراعاة لمصلحة المريض، وملائمة هذه الطرق والوسائل لحالة المريض الصحية وذلك بأن يبذل عناية يقظة، فالحرية تقتضي إلى جانبها المسؤولية لذلك يعد الطبيب مسؤولا عندما لا يمارس وصفه واختياره للعلاج بما يتفق مع المسلمات المؤكدة والثابتة لعلم الطب.

ب- خطأ الطبيب في وصف العلاج

يحق للطبيب أن يتبع أية طريقة فنية جديدة مستحدثة في العلاج، وإعطاء مريضه دواء اكتشف حديثا متى رأى أن هذا العلاج أصلح للمريض وأدى إلى سرعة شفاءه بشرط أن لا يؤدي هذا الدواء إلى تدهور صحة المريض[2].

يجب على الطبيب أن يجتنب الطرق الخطرة في العلاج إذا كانت العلوم الطبية تقدم طرقا أقل خطورة، فعلى الطبيب أن يوازن بين مخاطر العلاج وأخطار المرض وان يتجه إلى استعمال العلاج العادي للمرض، بحيث يكون مسؤولا إذا أهمل استعمال هذا العلاج[3].

يتعين أن يكون العلاج الذي يقع عليه اختيار الطبيب أن يكون مقبولا في مجال العلم الطبي كعلاج له نتائجه الإيجابية للحالة المعروضة على الطبيب، فيعتبر مخطئا الطبيب الذي يصف دواء غير مناسب لحالة المريض مما قد يؤدي إلى حدوث مضاعفات ضارة به[4]، ويعد الطبيب مسؤولا عند وصف الدواء دون مراعاة الآثار الجانبية والضارة التي يمكن أن يسببها للمريض[5].

---

[1] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 66.

[2] - د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 296.

[3] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 269.

[4] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 54-55.

[5] - د/ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 21.

ألزمت مدونة أخلاقيات الطب الطبيب بعدم اقتراح علاجه أو طريقة وهمية غير مؤكدة بما فيه الكفاية ولا تشكل خطورة على صحة المريض[1].

إذا كان العمل الطبي يشكل خطورة جدية وفي نفس الوقت ضروريا للمريض الموجود في حالة خطر، اشترط المشرع الجزائري أخذ موافقة المريض أو من ينوب عنه قبل القيام بهذا العمل الطبي.

لا يعفى الطبيب من المسؤولية إذا طبق طريقة محددة في العلاج في حين أن العلة التي يشكو منها المريض وحالته تتطلبان طريقة أخرى، والسبب في ذلك هو أن العلاج ينبغي أن يكون مطابقا للقواعد المطبقة في العلوم الطبية[2].

يتعين على الطبيب عند اختياره للعلاج، أن يراعي منتهى اليقظة والحذر، وأن يوازن بين مخاطر العلاج وأخطار المرض، كما ينبغي عليه التفطن إلى انه كلما كان في العلاج المقصود إتباعه خطر على حياة المريض يتحتم عليه تجنبه.

يقوم الطبيب بوصف الدواء أو الطريقة التي يراها ملائمة لعلاج حالة المريض في وصفة طبية، وهذه الأخيرة عبارة عن التذكرة التي يثبت فيها الطبيب ما قرره بعد إجراء الفحص والتشخيص من العلاج المناسب، وهي دليل إثبات العلاقة بين الطبيب والمريض[3]، ولقد ألزم المشرع الجزائري الطبيب في المادة 47 من م أ ط، أن يقوم بتحرير الوصفة الطبية بكل وضوح، وان يمكن مريضه أو من يقوم برعايته من فهم ما تحتويه بكل سهولة كالمقدار المطلوب أخذه منها[4] وكيفية ومدة الاستعمال[5]، وان يجتهد الطبيب للحصول على أفضل تنفيذ للعلاج.

---

[1] - راجع المادة 31 من م أ ط .

[2] - المادة 44 من م أ ط .

[3] - أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص121.

[4] - ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن أن طبيبا حرر وصفة طبية لمريضه فيها دواء كيميائي(سام) بمقدار 25 نقطة، إلا انه لم يدون كلمة Gouttes (نقطة) بشكل واضح، حيث كتب فقط الحرف الأول منها، واختلط الأمر على الصيدلي مع كلمة غرام Grammes ، حيث ركب الدواء على أساس وضع 25 غرام بدلا من 25 نقطة، ونتج عن ذلك وفاة المريض، حيث اعتبرت المحكمة الطبيب والصيدلي مسؤولين عن وفاة المريض، ذلك لان الطبيب لم يكتب كلمة نقطة، والصيدلي لم يعترض على الوصفة رغم مخالفتها للأصول الطبية. أنظر د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 273.

[5] - Michèle (HARICHAUX –RAMU), Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale,Op.cit. p 6.

2- **خطأ الطبيب في مرحلة مباشرة العلاج**

يعتبر مباشرة الطبيب للعلاج من قبيل المراحل النهائية للتدخل الطبي، وهي من أهمها وأخطرها.

يلتزم الطبيب بمباشرة أساليب العلاج المتفقة مع الأصول العلمية المستقرة والحديثة[1] التي يثبت فعاليتها وهو التزام عام يقع على الطبيب، ومؤدى ذلك أن الطبيب عليه واجب متابعة التطورات الطبية الحديثة، ولا يسأل الطبيب عن الآثار السيئة الناتجة عن مباشرة العلاج الذي يقدمه وفقا للأصول العلمية[2].

يسأل الطبيب كذلك في حالة ما إذا كان علاجه بالأشعة قد أحدث حروقا والتهابات جلدية في جسم المريض[3]، إذ يجب على الطبيب أن يتوقف عن استعمالها إذا رأى أن هناك حروق أو تشوه أو أنه يمكن أن يتولد عنها ذلك[4].

أكد القضاء الجزائري مسؤولية الطبيب إذا ما اتضح أنه باشر العلاج عن إهمال ولامبالاة، ودون إتباع الأصول والمعارف الطبية المتعارف عليها نظريا وعمليا بين أسرة الأطباء، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر في 30 ماي 1995 عن غرفة الجنح والمخالفات، إذ أمر الطبيب بحقن المريض ب "البنسيلين" Pénicilline وهو دواء لا يتناسب مع العلة التي يشكو منها المريض، وكان ذلك نتيجة إهماله، فاعتبرته المحكمة العليا قتل خطأ منصوص ومعاقب عليه بموجب نص المادة 288 ق ع ج[5].

---

[1] - وفي هذا الصدد أقام القضاء الكندي مسؤولية طبيب بسبب استخدامه لفن قديم في تجبير فخذ طفل بطريقة بدائية، مما ترتب عليه تلف سريع للعضو المصاب اقتضى الأمر بتره. د/ طلال عجاج، مرجع سابق، 272.

[2] - د/ طلال عجاج، مرجع نفسه، 273.

[3] - د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، 309.

[4] - د/ أمير فرج يوسف، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية... ، مرجع سابق، 92.

[5] - قرار المحكمة العليا (غرفة الجنح والمخالفات) بتاريخ 30 ماي 1995، ملف رقم 118720، المجلة القضائية- العدد 2، سنة 1996، ص 179، نقلا عن كريم عشوش، مرجع سابق، ص 181.

الفرع الثاني

خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي

تعتبر الجراحة جزء من الفن الطبي، باعتبارها تعالج يدويا بواسطة وسائل وأدوات، بعض الأمراض التي لا يقتصر شفاؤها على الأدوية[1]، فهي من أهم فروع العلوم الطبية إلا أنها تنطوي على مخاطر عديدة لكونها تمس بجسد الإنسان[2]، وهو الأمر الذي يفرض على الأطباء الجراحين بذل عناية دقيقة ويقظة سواء في مرحلة الإعداد للتدخل الجراحي أو أثناء ذلك أو حتى بعده.

تتضمن العمليات الجراحية شق البطون وفتح الرؤوس وقطع الشرايين وإستئصال الأعضاء الميتة وزرع أعضاء أخرى في مكانها، ويستلزم الأمر استخدام آلات وأدوية طبية لإجراء التدخل الطبي وهو ما يلزم الجراح أن يؤدي عمله بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره منه المريض الذي سلم أمور جسده إليه.

لا يخرج التزام الطبيب الجراح بطبيعته عن بقية الالتزامات الطبية، فهو لا يضمن للمريض الشفاء بل يلتزم ببذل العناية الكافية وبالتالي لا يضمن له النتائج المترتبة من التدخل الجراحي**(أولا)**، إلا أنه يعتبر مسؤول عن كل خطأ يصدر منه أثناء إجراء العملية وحتى بعدها**(ثانيا)**.

أولا: مضمون التزام الطبيب الجراح

يعتبر العمل الجراحي ذلك العمل الذي يهدف إلى إصلاح عاهة أو آفة تصيب موضعا من الجسد، مثل القرحة التي تصيب المعدة أو رتق تمزق، بمعنى ضم ما تفرق من العضو المصاب بجروح، كما يهدف إلى تنظيف الجروح الملتهبة المشتملة على سائل مرضي ثم خياطته وقطع أي عضو خارجي من الجسم[3]، ونظرا لخطورة التدخل

---

[1] - منيرة جربوعة، الخطأ الطبي بين الجراحة العامة وجراحة التجميل، بحث لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص7.

[2] - تقوم إباحة هذه الأعمال الماسة بالسلامة الجسدية على أساس الترخيص المعطى للشخص المؤهل علميا.

أنظر: نبيلة غضبان، المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص 75.

[3] - عز الدين حروزي، مرجع سابق، ص34.

الجراحي فإنه لابد من البحث في طبيعة التزام الجراح ومقارنته بالتزام الطبيب العادي، ثم التطرق إلى أهم الالتزامات التي يتعين له القيام بها أثناء التدخل الطبي الجراحي.

1- طبيعة التزام الطبيب الجراح

تعتبر مسألة تحديد طبيعة التزام الطبيب عموما والطبيب الجراح خصوصا مسألة صعبة ومعقدة خاصة في مجال العلاج الجراحي، وهذا راجع إلى صعوبة الجراحة ذاتها وتعقيد الجسم الإنساني، وكذلك ما يعرفه التطور العلمي في مجال الطب والطب الجراحي.

إستقر الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب الجراح هو التزام ببذل عناية، فهو لا يلتزم قبل المريض الذي يعالجه بأية نتيجة[1]، فلا يلتزم الطبيب الجراح تجاه المريض بتحقيق نتيجة الشفاء لأن مثل هذه النتيجة أمر احتمالي، كما أن تحقيق الشفاء للمريض يخضع لعوامل واعتبارات[2] لا تخضع دائما لسلطان للطبيب الجراح عليها، والذي ليس بإمكانه منع المرض من التفاقم أو إبعاد الموت عنه، فالطبيب يعالج أما الشفاء فهو من عند الله، فهناك عدة عوامل تتحكم في العلاج الجراحي وكثيرا ما لا يتوقعها الطبيب المعالج، فكل علاج يكتسي عنصر الاحتمال، وما على الجراح في سبيل مباشرة علاجه الجراحي إلا بذل العناية اللازمة وتوقي الحيطة والحذر[3].

نص المشرع الجزائري على أن القاعدة في الالتزام بعمل طبقا لما هو مؤكد عليه في المادة 172 من ق م ج أنه:

" في الالتزامات بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته، أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون والاتفاق على خلاف ذلك".

---

[1] - د/ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، مرجع سابق، ص105.

[2] - من بين هذه العوامل والاعتبارات نجد الوراثة، ودرجة استعداد المريض من الناحية الجسمانية، فاستعداد جسم المريض لتقبل العلاج يختلف من مريض إلى أخر بالرغم من وجود نفس المرض ونفس العلاج المقترح من طرف الطبيب.

[3] - د/ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي...، مرجع سابق، ص105.

يتضمن عقد العلاج الجراحي الذي غالبا ما يبرم بين الطبيب والمريض، التزما بعمل جراحي معين ومحدد مثل استئصال ورم أو إزالة الزائدة الدودية أو أي عضو ميت لا يؤدي وظائفه أو إجراء عملية توليد قيصرية، فنرى أن التزام الجراح في مثل هذه الحالات هو التزام بتحقيق نتيجة، فلو قام الجراح مثلا بإزالة عضو سليم بدل العضو المصاب المتفق على إزالته، فالخطأ هنا مصدره الإهمال أو عدم بذل الجراح العناية اليقظة، فإنه يعتبر أيضا عدم تحقيق للنتيجة المنتظرة من طرف المريض والمتفق عليها.

نخلص إلى القول أن التزام الجراح ذو طبيعة مزدوجة، يلتزم ببذل عناية تتفق والضمير الإنساني والمهني أثناء التدخل الجراحي، وفي نفس الوقت يلتزم بتحقيق نتيجة وهي محل العقد الجراحي المتفق عليه.

2- التزامات الطبيب الجراح

تقع على عاتق الطبيب الجراح كقاعدة عامة ماعدا الظروف الاستثنائية المذكورة سابقا، إلى جانب الحصول على موافقة المريض حول العملية الجراحية التي يقبل على إجراءها[1] بعد أن يكون قد بصره بكل الأمور المتعلقة بحالته الصحية والمخاطر والآثار التي يمكن أن تنجم عن ذلك التدخل[2]، فالقضاء يلزم الطبيب بعدم الإقدام على أي عمل طبي أو تدخل جراحي دون الحصول على رضا المريض[3] والذي سبق دراسته، وهناك التزامات أخرى مرتبطة بالتدخل الجراحي تقع على عاتق الجراح.

أ- التزام الطبيب الجراح بالتشخيص الصحيح

أسلفنا الذكر على أن التدخل الطبي يعتمد على صحة التشخيص وسلامته، فإذا فشل التشخيص فقد تصبح الأعمال اللاحقة خاطئة ومنها بطبيعة الحال العمليات الجراحية.

---

[1] - تجدر الإشارة إلى أن رضا المريض بالتدخل الطبي الجراحي لا يزيل عن فعل المدعى عليه (الطبيب) صفة الخطأ، ولا يزال الجراح مخطئا حتى ولو رضي المريض بما وقع على جسده، فالطبيب إذا أجرى عملية جراحية غير ضرورية، يكون مخطئا حتى ولو حصل على رضا المضرور بإجراء العملية، فرضا المضرور يترك فعل الجراح كما هو، لا يزيل عنه صفة الخطأ، ومسؤوليته تكون كاملة . أنظر سامية بومدين، مرجع سابق، ص123 .

[2] - وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو أيام 9 و 10 أفريل 2008، ص 258.

[3] - N -(YOUNSI-HADDAD), La responsabilité médicale des établissements hospitaliers, Revue Idara V.8, N° 2, 1998, p20.

وبالتالي فلا معنى لعمل الجراح ما لم يكن التشخيص الذي يقوم به صحيحا ومؤكدا، فيقع على عاتق الجراح القيام بتشخيص أخر حتى وإن قام به الطبيب المعالج، وعليه التأكد من طبيعة المرض وتحديد الموضع الذي يخضع للجراحة وعليه التأكد أيضا من قدرة المريض من تحمل العملية الجراحية[1].

ب - إجراء فحص مسبق قبل العملية الجراحية

يتعين على الطبيب الجراح قبل إجراءه العملية الجراحية للمريض أن يقوم بفحص طبي شامل تفرضه حالة المريض وطبيعة العملية الجراحية، وعلى الجراح أن يطلع على كافة المعلومات الضرورية المتعلقة بالمريض وعلى حالته الصحية العامة وردود الفعل المتوقعة، ويجب أن لا يقتصر الفحص على العضو الذي سيخضع للعملية وإنما يجب عليه أن يكون الفحص شاملا وذلك لبيان مدى ما يمكن أن يترتب من نتائج جانبية على التدخل الجراحي[2].

يجب أن يكون الفحص الطبي السابق للعملية دقيقا والجراح يسأل عن كل ضرر يترتب على إهمال هذا الفحص، وفي هذا الصدد قضت محكمة "السين" الفرنسية بمسؤولية الجراح عن الحروق التي أصاب بها المريض نتيجة وجود بقايا الكحول المطهرة في ثنية الفخذ المتصلة بالبطن، حيث ترتب على ذلك اشتعال الكحول وإصابة المريض الذي قضت له المحكمة بتعويض[3].

يتعين على الطبيب الجراح قبل الإقدام على إجراء العملية الجراحية استشارة زملاء له سواء في نفس التخصص أو تخصص أخر، كما يجب علية الاستعانة بزملاء ممن هم أكثر تخصصا منه، للتأكد من الحالة المرضية التي يشكو منها المريض، وعليه أيضا أن يستشير الطبيب الذي كان يعالج عنده المريض ليستنير برأيه في تحمل المريض للعملية، وهو ما قضت به محكمة "دويه" DOUAI الفرنسية[4].

---

[1] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص278و277.

[2] - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص202.

[3] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص280.

[4] - قرار محكمة **دويه** الفرنسية، 18 ديسمبر 1934، مشار إليه لدى د/ طلال عجاج، مرجع سابق، 281.

يعتبر بمثابة فحص مسبق أن يتخذ الطبيب الجراح الاحتياطات المطلوبة للتأكد من أن المريض لم يتناول الطعام قبل إجراء العملية[1].

كذلك يتعين على الطبيب الجراح أن يتأكد من نظافة وسلامة وصلاحية الأدوات الجراحية التي يستخدمها، وفي هذا الشأن قضي بمسؤولية الطبيب عن اللهب الخارج من المشرط الكهربائي أثناء إجراء العملية الجراحية، رغم أن الجراح قد استخدم المشرط بطريقة عادية لأن التزام الجراح بشأن التأكد من سلامة الأجهزة هو التزام بتحقيق نتيجة[2].

ج- إجراء العملية الجراحية من طرف الجراح أو تحت إشرافه

يتعين على الطبيب الجراح[3] بأن يقوم بإجراء العملية الجراحية للمريض بنفسه، لذلك لا يجوز له أن يعهد بإجراء العملية إلى جراح آخر بدون موافقة المريض، فإن فعل ذلك يكون مسؤولا عن كل ما ينجم عن ذلك من أضرار[4]، ذلك لأن طبيعة العقد بينهما تحتم ذلك، فالعقد هنا يقوم على أساس الاعتبار الشخصي، لأن المريض قد اختار طبيبه على أساس الثقة التي يضعها فيه وكذا خبرته ومؤهلاته[5].

لا يجوز للطبيب الجراح أن يعهد إلى أحد مساعديه بتنفيذ الجزء الأخير من العملية الجراحية، إلا إذا كان ذلك تحت رقابته وإشرافه المباشر بحيث يتسنى له التدخل متى رأى ضرورة ذلك[6] وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بمسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية قيصرية لامرأة حامل، لكنه ترك إتمام الجزء الأخير من العملية المتمثل في خياطة البطن وتعقيم موضع الجراحة لأحد تلاميذه، إلا أن هذه المرحلة لم تتم بنجاح، حيث استمر النزيف من رحم المرأة مما أدى بوفاتها، حيث قضت المحكمة

---

1 - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص202.

2 - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص282.

3 - يعتبر من قبيل الخطأ أداء العمل الطبي دون الحصول على هذا التخصص الدقيق، ويتحقق ذلك على وجه الخصوص في مهنة الجراحة الطبية، فالطبيب العام له أن يباشر كافة فروع الطب، لكن الجراحة تتطلب قدرا معينا من التخصص لمعرفة دقائق فنونها. أنظر: د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 13.

4 - د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 213.

5 - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 286.

6 - Jean-Marie (AUBY), La responsabilité médicale en France, In revue internationale de droit comparé, V.28, N°3, juillet-septembre 1976, p.516.

بمسؤولية الجراح لعدم إكمال العملية بنفسه أو على الأقل أن لا يغادر المكان ويقوم بالإشراف على عمل التلميذ بشكل مباشر.

ثانيا: خطأ الجراح أثناء العملية الجراحية

تثار مسؤولية الجراح إذا ثبت أنه لم يؤد عمله الجراحي بالمهارة التي تقتضيها مهنته وبالمستوى الذي ينتظره المريض الذي وضع ثقته فيه، لذا فهو مسؤول عن كل خطأ يصدر منه، والأصل أنه لا يشترط في خطأ الجراح درجة معينة من الجسامة بل يكفي أن لا يكون قد قام بما ينبغي عليه من عناية تمليها الظروف المحيطة به، والأخطاء التي يرتكبها الطبيب الجراح أثناء التدخل الطبي العلاجي الجراحي لا يمكن حصرها، لكن تتمثل أهم الأخطاء الشائعة في:

1- إهمال تثبيت المريض فوق طاولة الجراحة.

يلتزم الجراح ببذل كل عنايته وجهوده الصادقة في سبيل المحافظة على سلامة مريضه، وعليه اتخاذ الحيطة والحذر الشديدين معه، كون المريض الطرف الضعيف في هذه العلاقة الجاهل بأمور الجراحة قد سلم نفسه لطبيب محترف بعد أن وضع ثقته فيه حتى يتولى حراسته والعناية به خاصة في مرحلة التخدير التي يفقد فيها وعيه وشعوره، إذ يعتبر إخلالا بواجب الحيطة والحذر وبذل العناية الكاملة إغفال الجراح وبواسطة مساعديه تثبيت المريض على طاولة الجراحة، وعدم وضعه فوقها في وضعية جيدة[1]، وفي هذا الصدد أقيمت مسؤولية الطبيب الذي لم يتأكد من حسن استقرار المريضة على طاولة الجراحة، وترتب عن هذا الإهمال تشوه في ذراعها لإصابتها ببداية شلل، حيث كان يتوجب على الطبيب التأكد من سلامة الطاولة وآلات تثبيت المريضة[2].

2- نسيان شيء خارجي داخل جسم المريض.

يعتبر ترك أجسام غريبة في الجرح من الأخطاء الأكثر تكرارا، إذ كثيرا ما تترك قطعة من القطن أو الشاش أو آلة مما يستعمل أثناء القيام بالعملية الجراحية، يتسبب عنها

---

[1] - عز الدين حروزي، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري والمقارن، دار هومة، الجزائر، 2008، ص138.

[2] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 286.

تقيحات والتهابات تؤدي بحياة المريض، فالشاش الطبي المبلل بالدماء ينكمش ويندمج داخل أحشاء الجسم ويصعب تمييزه[1].

يتحمل الجراح كامل المسؤولية إذا ثبت انه تم نسيان ضمادة أو جسم غريب في أحشاء المريضة عند قيامه بعملية توليد قيصرية، مما أدى إلى ضرورة إخضاع المريضة بعد معاناة من الآلام إلى إجراء عملية جراحية ثانية، فمهما كان المسؤول الحقيقي عن ذلك فإن الجراح وحده من يتحمل المسؤولية [2]، وفي هذا الصدد قضت محكمة أكس Aix في 12 جانفي 1954 بإدانة جراح على أساس القتل بالإهمال، عندما أجرى عملية جراحية لمريض، ونسي خلالها ملقط Pince في بطنه مما تطلب ضرورة إجراء عملية جراحية ثانية التي أودت بحياته[3].

3- الاستعمال الخطأ للآلات عند مباشرة التدخل الجراحي.

ترتب عن اكتشاف التقنيات الحديثة في مجال الأجهزة والآلات الطبية بشكل واضح، أن ازداد لجوء الأطباء والجراحين إلى ضرورة استخدامها في العلاجات والجراحات الحديثة، لكن أثبتت التجربة أن مثل هذه الأجهزة وتلك الآلات تلحق بالمريض أضرارا بالغة، انطلاقا من هذا الأساس أصبحت حماية المريض أمرا ضروريا ولابد من الحفاظ على سلامته من المخاطر الناشئة عن استخدام الأجهزة الطبية الدقيقة والمعقدة[4] ومحل

---

[1] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 87.

[2]- Arrêt de la cour de cassation du 26 janvier 1972.

1- Les faits :

Au cours d'une intervention pour grossesse extra-utérine, le chirurgien oublie une compresse ; il en résulte des douleurs abdominales résiduelles qui justifient une intervention permettant alors la découverte du corps étranger responsable de l'infection. Au cours de la seconde intervention, en raison de l'importance du processus infectieux, une hystérectomie complète doit être réalisée. La patiente porte alors plainte contre le premier chirurgien.

2- L'arrêt de la cours de cassation du 26-01-1972 confirme la décision des juges du fond qui avait retenu l'entière responsabilité du chirurgien en se référant a l'expertise qui avait conclu que « le rôle du corps étranger parait a priori évident dans l'origine du magma purulent ayant nécessite une hystérectomie totale… » .

3- L'interprétation

L'oublie d'une compresse ou d'un champ opératoire est une faute, et quel qu'en soit le responsable véritable, c'est l'operateur qui, le plus souvent, sera considère comme le seul responsable.

Voir : D (MALICIER), A (MIRAS), P (FEUGLET), P (FAIVRE), La responsabilité médicale, données actuelles, Ed ESKA, Paris, 1999, p 182.

[3] - د/ محمد سامي الشوا، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص69.

[4] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 187.

التزامه هذا تحقيق نتيجة، والأضرار المقصودة في هذا الشأن هي تلك التي تنشأ نتيجة وجود عيب أو عطل بالأجهزة والأدوات إذ يقع التزام على الطبيب بمقتضاه استعمال الآلات السليمة التي لا تحدث أضرارا[1].

يقتضي إجراء العمليات الجراحية ضرورة استعمال مختلف الأجهزة كالمشرط الكهربائي والأجهزة الباعثة للأشعة، وأدوات كالإبرة والخيط...إلى غير ذلك من الأجهزة والأدوات التي تدخل بشكل ملحوظ وظاهر في التدخل الجراحي، إذ بهذه الوسائل قد يحدث أن يصاب المريض الخاضع للعملية الجراحية بضرر لسبب استخدام الجراح لتلك الآلات والأدوات فيتحمل الجراح المسؤولية عن ذلك، كما يمكن مساءلة العيادة الخاصة باعتبارها المسؤولية عن سلامة ونظافة هذه الأجهزة والأدوات[2].

يلزم القضاء الجراح ببذل العناية التي تفرضها الأصول العلمية المتعارف عليها في مهنة الطب، أن يولي عناية كبيرة بفحص الأجهزة والمعدات الطبية قبل إجراء العملية الجراحية، والغاية من بذل هذه العناية هو تفادي الأضرار الناجمة عن استعمالها، ومن التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الشأن ما قضت به محكمة "السين" الفرنسية من أنه يجب على الجراح أن يفحص الجهاز الموضوع تحت تصرفه فحصا جيدا ويتحقق من سلامة التوصيلات الكهربائية وعزل جسم المريض عن أي اتصال كهربائي[3].

تعددت القضايا التي رفعت بشأنها دعاوى ضد الجراحين، منها القضاء بمسؤولية جراح عن وفاة مريضة أثناء التدخل الجراحي وكان سبب ذلك انفجار لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بشرارة خرجت منه، وفي قضية أخرى حكم بمسؤولية طبيب عما أصاب المريض من حروق نتيجة لهب خرج من المشرط الكهربائي أثناء علاجه رغم عدم ثبوت تقصير الطبيب[4].

---

[1] - د/ شريف الطباخ، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 255.

[2]- Hanifa (BENCHABANE), Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyen ou de résultat, Revue Algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, Université d'Alger, n° 4, 1995, pp768.

Voir aussi : D (MALICIER), A (MIRAS),P (FEUGLET), P (FAIVRE) , Op.cit. , p 177-178.

[3] - د/ منير رياض حنا، الخطأ الطبي الجراحي... ، مرجع سابق، ص 130.

[4] - د/ شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 255.

يتحمل الطبيب المسؤولية عن الأضرار التي تصيب المريض من الأشياء التي يستعملها بمناسبة تنفيذه أو أدائه للعمل الطبي وهو ما يسمى بالمسؤولية عن الأشياء غير الحية، إذ يقع على عاتق الطبيب الالتزام بضمان سلامة المريض الذي هو التزام بتحقيق نتيجة وفقا للمادة 138 من ق.م.ج والمادة 1384 ق.م.ف[1]، ويرى الدكتور شريف الطباخ في هذا الصدد، أنه لا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب الموجود بالجهاز يرجع إلى صنعه ويصعب كشفه [2]، إذ يفهم من ذلك أنه يجب عليه تفحص هذا الجهاز قبل استعماله في العملية الجراحية، إلا أنه يستطيع الجراح التخلص من المسؤولية طبقا للقواعد العامة بإقامة الدليل على أن الأضرار التي وقعت للمريض ترجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ الغير وهذا وفقا للمادة 127من ق.م.ج.

---

[1] - د/ محمد بودالي، القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 29.

[2] - د/ شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 255.

الفصل الثاني

أثار خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي

لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية الطبية أن يقع خطأ من الطبيب أثناء التدخل الطبي العلاجي والجراحي والمتمثل في خروج الطبيب على أصول مهنته وعدم بذله العناية المعتادة التي يبذلها أوسط الأطباء في مجال خبرته، وإنما يلزم أن يلحق بالمريض من جراء هذا الخطأ ضرر يتمثل في الإخلال بمصلحة مشروعة له أو مساس بمصالحه المقررة والمحمية قانونا.

يعتبر الضرر عنصر وجوبي في المسؤولية الطبية حتى يمكن للمضرور المطالبة بالتعويض. إلا أنه لا توجد نصوص قانونية سواء في قانون الصحة أو مدونة أخلاقيات الطب تنظم هذا الركن وأمام هذا النقص والقصور فإنه لا بد للقاضي من الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة.

لا يخرج الضرر في مجال المسؤولية الطبية في أحكامه عن أحكام القواعد العامة. فيجب تطبيق تلك الأحكام على الضرر في مجال التدخل الطبي بنوعيه العلاجي البحت والعلاجي الجراحي.

يجب أن يكون الضرر الذي أصاب المريض المضرور ناتج عن خطأ الطبيب الذي مارس الأعمال الطبية على جسده**(مبحث أول)**.

إذا أثبت المضرور الضرر الذي أصابه والناتج عن تدخل الطبيب حق له التمسك بمسؤولية هذا الأخير، ويتعين في هذا الصدد البحث عن طبيعة المسؤولية المدنية للطبيب **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول

الضرر أثناء التدخل الطبي

تعتبر إصابة المريض بضرر من جراء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي على جسده نقطة البداية للحديث على المسؤولية الطبية، فوقوع الضرر للمريض عنصرا ضروريا لإثارة تلك المسؤولية. ولا بد أيضا أن يكون الضرر ناتجا عن خطأ الطبيب ذاته[1].

تجدر الإشارة إلى أنه في مجال المسؤولية الطبية، أن الضرر المقصود ليس الناجم عن عدم شفاء المريض شفاء تاما أو جزئيا، فالطبيب لا يلتزم بشفاء المريض، بل يبذل قصارى جهده في سبيل شفاء المريض، وبالتالي لا تقوم مسؤوليته إذا بذل عنايته ولم يقع منه خطأ أو تقصير في أداء التزامه، ولم يتحقق شفاء المريض، فالضرر لا بد أن يقع مستقلا عن مسألة عدم الشفاء[2].

ولا شك أنه في غياب نصوص خاصة تنظم هذا الركن في القوانين المتعلقة بمزاولة الطب، فإنه لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم الضرر في المسؤولية المدنية

---

[1] - يعني هذا أنه لا يكفي أن يرتكب خطأ من جانب الطبيب، ولا يكفي أن يكون إلى جانب الخطأ حدوث ضرر، فقد يقع الخطأ دون أن يكون هو السبب فيما لحق المريض من ضرر، كما لو حصل إهمال من الطبيب في إجراء عملية جراحية للمريض، ثم أصيب هذا الأخير بأزمة قلبية حادة لا ترجع إلى خطأ الطبيب، مما يؤدي إلى وفاة المريض، لذا يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، وبعبارة أخرى أن يكون الضرر ناشئا عن الخطأ، لأنه قد يكون هناك ضرر أصاب المريض دون أن يكون ذلك الخطأ الصادر من الطبيب هو الذي أحدث الضرر. فالذي يربط بين الخطأ والضرر هي علاقة السببية، فالطبيب لا يسأل عن موت المريض أو الضرر اللاحق به، إلا إذا كان خطأه هو السبب الأكيد لذلك، وعليه يجب أن تكون علاقة مباشرة بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق بالمريض لقيام مسؤولية الطبية على عاتق الطبيب، فعلاقة السببية لها أهمية كبيرة، إذ يتحدد على ضوءها قيام المسؤولية من عدمها، فعلى المريض المضرور الذي يريد أن يلزم الطبيب بالتعويض أن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ المنسوب والضرر اللاحق به. أنظر في ذلك: د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 383.

ويعتبر تحديد رابطة السببية في المجال الطبي، من الأمور الشاقة والصعبة، نظرا لتعقد الجسم الإنساني، وتغير حالته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب والمضاعفات الظاهرة، لأنه في الكثير من الأحيان يمكن إرجاع أسباب الضرر إلى عوامل أخرى مصدرها طبيعة تركيب جسم المريض وكذا استعداده مما يصعب تبينها، إلا أن هذا لا يعني عدم البحث في مسؤولية الطبيب وخطئه.

[2] - د/ عبد اللطيف الحسيني، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، بيروت، لبنان، 1987 ص140.

أنظر كذلك: د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 376 و377. د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 168.

لبحث مفهومه **(مطلب أول)**، ولقد أصبح الضرر غير مرتبط بقواعد المسؤولية التقليدية فقط، إذ قد يستحيل على المريض إثبات علاقة سببية مباشرة وأكيدة بين خطأ الطبيب والضرر اللاحق به من جهة، وفي مواجهة الشك وعدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي من جهة أخرى، قرر القضاء الفرنسي إيجاد حل لتيسير مهمة إثباتها عن طريق استعماله نظرية تفويت الفرصة، فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة، لضمان حقوق المرضى وحمايتهم. **(مطلب ثان)**.

المطلب الأول

مفهوم الضرر في مجال المسؤولية الطبية

لا توجد مسؤولية مدنية دون وقوع ضرر، تطبيقا لقاعدة " لا دعوى بغير مصلحة" إذ يعتبر الركن الثاني بعد الخطأ لقيام المسؤولية المدنية، والضرر في مجال المسؤولية الطبية لا يخرج كثيرا عن أحكام القواعد العامة.

لم يورد القانون المدني تعريفا للضرر بل اكتفى بالإشارة إليه ضمن المواد 124إلى 140 منه، فقد تصدى الفقه لذلك بإعطاء تعريفات مختلفة الصياغة للضرر، غير أنها تنصب في معنى واحد وفي غياب نصوص خاصة يستمد الضرر في المسؤولية الطبية مفهومه من القواعد العامة.

يعرف الضرر بوجه عام بأنه مساس بحق من حقوق الإنسان أو بمصلحة مشروعة له، والحقوق هذه لا تقتصر على أضرار الجسد المادية، وإنما تشكل كل حق يخول صاحبه سلطة أو مزايا أو منافع يتمتع بها في حدود القانون، فلكل إنسان الحق في الحياة، في سلامة جسده، واستقراره النفسي، فإذا وقع مساس بحق من هذه الحقوق فإن الضرر ينتج عن وقوعه [1].

يتمثل الضرر في المجال الطبي، حالة نتجت عن فعل طبي مست بالأذى المريض، وقد يستتبع ذلك نقصا في حال المريض أو في معنوياته أو عواطفه[2].

[1] - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 178.

[2] - د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 55.

يتحقق الضرر الطبي في إصابة المريض بضرر قد يكون ماديا يمس مصلحة مادية أو معنويا يلحق الأذى بالمضرور في شعور أو عاطفته أو مركزه الاجتماعي، أو حتى شرفه **(فرع أول)** ولكي يتمكن المريض من مطالبة الطبيب المتسبب بالضرر بالتعويض لا بد من توفر مجموعة من الشروط في الضرر الطبي **(فرع ثان).**

الفرع الأول

صور الضرر الطبي

لا يمكن مساءلة الطبيب أو الجراح ما لم يترتب عن خطأ أي منهما ضرر للمريض، فإذا أصاب المريض ضررا في حياته أو سلامة جسده كان ضررا جسديا، ويمكن أن يصيبه في ذمته المالية حيث ينفق المريض مبالغ مالية معتبرة قصد العلاج وإصلاح الخطأ مما ينقص من هذه الذمة المالية هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يفقد المريض المصاب بهذا العجز دخله نهائيا أو بصفة مؤقتة، ويعتبر ضررا ماليا أو اقتصاديا، وكلا من الضرر الجسدي والمالي يعتبران ضررا ماديا **(أولا)** كما قد يصاحب المساس بالكيان الجسدي شعور المريض بآلام جسدية ونفسية، إلى جانب شعوره بالحزن والأسى، كما قد يمتد الضرر ليمس مظهره الجمالي ومكانته الاجتماعية والمهنية، ويعتبر في هذه الحالة ضررا معنويا أو أدبيا **(ثانيا).**

أولا: الضرر المادي

أجمعت التعاريف الفقهية على أن الضرر المادي هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة[1]، ويعتبر الضرر المادي أيضا ما يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة سواء كان الحق حقا ماليا أو غير مالي[2].

يعتبر الضرر المادي الذي يمس بالذمة المالية للشخص ضرر مالي، في حين الضرر المادي الذي قد يترتب عن المساس بحق غير مالي وهو حق السلامة كالمساس بحياة الإنسان أو سلامة جسمه يعتبر ضررا جسمانيا، فالتعدي على الحياة ضرر بالغ، وإتلاف

---

[1] - د/ علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 286.

[2] - د/ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر،2007، ص 145.

عضو أو إحداث نقص أو تغيير في المظهر الخارجي، فيغدو المضرور غير قادر على الكسب إضافة إلى ما قد يتكبده من مصاريف العلاج أو إصلاح ما أمكن.

بناء على ما تقدم ينقسم الضرر الطبي المادي إلى ضرر جسدي يمس حياة أو جسم المريض وضرر مالي ينقص من ذمته المالية.

1- الضرر الجسدي

يقع على كل طبيب أو جراح واجب احترام حق الإنسان في الحياة وفي سلامة جسمه عند ممارسته للعمل الطبي، وأن يكون هذا الأخير الهدف منه هو العلاج، فالضرر الذي يصيب الإنسان في جسمه يمثل إخلالا بحق مشروع للمضرور، وهو حق سلامة الحياة وسلامة الجسم، و قد يكون المساس بجسم المريض عبارة عن إصابة جسدية مميتة وهي ضرر إزهاق الروح أو إصابة جسدية لا تصيب الروح لكن تمس البدن وتعطل بعض وظائفه بإحداث عاهة دائمة أو مؤقتة.

أ- الضرر الجسدي المفضي للوفاة

تعتبر الإصابة الجسدية المميتة ضرر إزهاق الروح، حيث يكون العمل غير المشروع الواقع من الغير واقفا على تلك الروح، وتتعطل جميع وظائف الجسد الإنساني، فهو بمثابة عدوان على حق الإنسان في الحياة، ولهذا السبب نصت معظم تشريعات الدول على هذا الحق في المبادئ الأساسية للدساتير فضلا عن المواثيق العالمية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لعام 1948، كما أن جميع الشرائع السماوية حظرت الاعتداء على الروح بإزهاقها لأنها من خلق الله والاعتداء عليها عدوان على حقوق الله[1].

يقصد بالضرر الجسدي المفضي للوفاة في نطاق المسؤولية الطبية، الضرر الذي نتجت عنه وفاة المريض، ويعتبر أشد أنواع الضرر، وذلك لإصابته الروح، وقد يترتب على خطأ الطبيب في التشخيص وفاة المريض، وفي هذا الصدد قضت محكمة "**روان**" Rouen الفرنسية بمناسبة قضية تتلخص وقائعها في أنه توصل طبيب بعد قيامه بفحص

---

[1] - د/ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996، ص 404.

مريضة إلى وجود ورم ليفي يجب استئصاله، و في أثناء التدخل الجراحي لاحظ أنه اخطأ في التشخيص، وأن المرأة حامل ولا وجود للورم في الرحم، فأخرج جنينا، لكن حدثت مضاعفات للمرأة انتهت بوفاتها، فقضت المحكمة في قرارها بتاريخ 21 أفريل 1923، بمسؤولية الطبيب لأنه لم يقم باستشارة الطبيب الذي كانت تعالج عنده، ولم يستعمل الأشعة لإزالة الشك الذي قام في ذهنه قبل أن يجري لها العملية[1].

يرتكب الطبيب أثناء وصف العلاج أخطاء إما بسبب الإهمال أو بسبب عدم إتباعه للأصول الطبية المتعارف عليها في العلاج مما يؤدي إلى وفاة المريض، ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما قضت به محكمة " كان" التي أدانت طبيبا لأنه وصف لطالبين في مدرسة لترا من زيت كبد الحوت مع الفوسفور دون أن يذكر نسبة الدواء وطريقة الاستعمال مما ترتب عليه وفاة أحدهما، وإصابة الثاني بأضرار خطيرة وهذا راجع إلى تقصير الطبيب وإهماله في اختيار الدواء، أو في وصفه لطريقة تعاطيه[2].

يمكن أن يؤدي كذلك خطأ الطبيب في العلاج الجراحي إلى وفاة المريض، ويحدث هذا في حالة إهمال الطبيب الجراح وعدم يقظته، وكذلك عدم بذله العناية اللازمة وفقا للأصول العلمية المستقرة في العلوم الطبية أوعدم إتباعه للأصول الطبية المتعارف عليها نظريا وعمليا بين الأطباء، وفي هذا الصدد عرضت قضية على محكمة "ليون" في 03 جانفي1930، أين أجرى طبيبا عملية جراحية لسيدة كانت تعاني من مرض في حلقها، وفي أثناء العملية الجراحية قام بقطع الشريان السباتي، أدى بإصابتها بنزيف انتهي بوفاتها[3].

أدت ضرورة استعمال الطبيب للأدوات والأجهزة الطبية في التدخل العلاجي والجراحي إلى الكشف على الأمراض وعلاج العديد من المرضى، لكن قد يصاب المريض بضرر جراء الاستعانة بهذه الأجهزة، وهذا ما أكدت عليه محكمة "**السين**"

---

[1] - قرار محكمة "روان" Rouen الفرنسية بتاريخ 21 أفريل 1923، نقلا عن: د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 253.

[2] - حكم محكمة قرينبول Grenoble بتاريخ 3 فبراير 1876 نقلا عن: د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين ...، مرجع سابق، ص 132.

[3] - منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين..، مرجع سابق، ص 154.

الفرنسية التي قضت بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض الخاضع لعملية جراحية، إثر تسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بسبب شرارة تطايرت من الجهاز[1].

يعتبر من قبيل الأضرار الجسدية المميتة ما يقع نتيجة خطأ الطبيب نتيجة نسيان قطعة قطن أو أداة جراحية في جوف المريض.

ب - الضرر المؤدي للعجز

يشمل الضرر الجسدي إصابة الجسد وما يترتب عنه من عجز جسماني، كإتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الانتقاص منه أو إحداث جرح أو التسبب بالعجز الدائم أو التعطيل عن العمل[2]، فقد يؤدي إلى تعطيل كلي أو جزئي في بعض وظائف الجسم، بمعنى أدق هو الضرر الذي يفضي إلى حدوث عاهة مستديمة لدى المريض نتيجة الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب، مثل إتلاف العين بخطأ طبي في العلاج وفقدان البصر نتيجة ذلك[3]، والأخطاء الطبية المرتكبة أثناء التدخل الطبي سواء العلاجي أو الجراحي والتي تلحق بالمريض أذى يمس سلامته الجسدية لا تعد ولا تحصى[4].

يعتبر الطبيب مسؤولا عما يبذله من عناية في علاجه للمريض، و يكون ذلك عن طريق وصف المرض واختيار الدواء المناسب له، والخطأ في هذه الحالة يكون في صورة ما إذا قام الطبيب باختيار الدواء دون مراعاة ما إذا كان جسم المريض يحتمله كحالة إعطاء جرعة لا يتحملها جسم المريض عن طريق الحساسية خاصة إذا كان الطبيب أخصائيا[5].

---

[1] - قرار محكمة "السين" الفرنسية LA SEINNE بتاريخ 03 مارس 1965، نقلا عن: د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 156.

[2] - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 180.

[3] - د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 59.

[4] - فلقد قضت محكمة التمييز الأردنية بموجب القرار الصادر بتاريخ 12 ماي 1991 في قضية تتلخص وقائعها بأن طفلة أصيبت بعاهة نتجت عن كسر في إحدى عظام الرقبة، ولم يتم علاجها في الوقت المناسب بسبب عدم تصوير رقبتها، رغم أن حالتها كانت تشير إلى مثل هذا الكسر المتوقع مع أن العلاج تم تحت إشراف الطبيب ومساعديه، فالخطأ في التشخيص نتج عنه خطأ في العلاج، ألزمت المحكمة الطبيب والمستشفى بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الطفلة. نقلا عن: د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 257.

[5] - د/ دلال يزيد و مختاري عبد الجليل، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 61 و62.

قضت محكمة "باريس" Paris بتاريخ 23 جانفي 1913 بعد انتدابها لأحد الخبراء لفحص مريضة، بمسؤولية الطبيب لأنه استخدم علاجا خطيرا لا يتناسب مع هذا المرض البسيط، أي عدم الموازنة بين مخاطر ومحاسن هذا العلاج[1].

2- الضرر المالي أو الاقتصادي

يقصد بالضرر المالي في المجال الطبي الخسارة التي تصيب الذمة المالية للشخص المضرور، ويشمل هذا الضرر ما لحق المريض من خسارة مالية كمصاريف العلاج والأدوية والإقامة في المستشفى ونفقات إصلاح الخطأ[2]، بالإضافة إلى ما فات الشخص المضرور من كسب خلال تعطله عن العمل بسبب العلاج وإصلاح الخطأ الطبي أي إضعاف القدرة على الكسب أو انعدام هذه القدرة أصلا في حالة العجز، وهذا راجع إلى الإصابات البدنية الأمر الذي يستوجب تعويضه، كالأنداب، والتشوهات، والحروق[3].

يشمل الضرر المالي على عنصرين، يتمثل العنصر الأول في المصاريف والنفقات التي خسرها المتضرر من العلاج والعملية الجراحية والدواء والإقامة في العيادة، فمثلا بخصوص جراحة تجميلية فتكاليفها مرتفعة جدا، أما العنصر الثاني فهو انقطاع دخله الشهري، بسبب تعطله عن العمل نتيجة خطأ الجراح[4] إذ يؤدي الضرر الجسدي إلى حرمان الشخص من فرصة العمل، فمثلا إذا كان الشخص المضرور من جراء عملية تجميل مضيفة جوية أو منشطة أو مذيعة أو ممثلة تعتمد على جمالها وشكلها في كسب قوتها، ففي هذه الحالة يكون تقدير التعويض أكثر حساسية مقارنة بأحوال أخرى لا يعتبر المظهر الخارجي ذا أهمية كبيرة[5]، غير أن المظهر الجمالي يكون ذو أهمية معتبرة للإنسان بغض النظر عن طبيعة وظيفته، فتشويه جسم فتاة مثلا ليست بممثلة أو منشطة أو

---

[1] - تتلخص وقائع القضية في أن فتاة كانت تعاني من ظهور شعر كثيف نسبيا في منطقة الذقن، فراجعت أحد أطباء التجميل لوضع حد لهذه العلة، الذي عالجها باستعمال أشعة "رونتجن"، فتسبب ذلك في إصابة المريضة بحروق ظاهرة في وجهها، د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 93.

[2] - Annick (DORSNER DOLIVET), Op.cit, p141.

[3] - د/ منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية...، مرجع سابق، ص 50. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 168.

[4] - Michèle (HARICHAUX –RAMU), Responsabilité du médecin, Principes généraux, Fasc 440-1, Editions Techniques, Juris-classeurs, 1993, p13.

[5] - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 145.

مضيفة جوية، قد يحد من فرص زواجها إن كانت مقبلة على الزواج أو يهدد استقرار حياتها الزوجية مثلا.

يجتمع الضرر المالي والجسدي، كما في حالة إصابة شخص بعاهة مستديمة نتيجة خطا الطبيب، إذ يشكو ضررا جسديا وضررا ماليا نظرا لما يتطلبه من علاج ونفقات تطبيب ودواء وانقطاع عن العمل[1].

قد يلحق الضرر المالي ذوي المريض في حالة وفاته نتيجة خطأ طبي، خاصة إذا كان هذا الأخير عائل لهم، فيحق لأولاده المطالبة بالتعويض، كونهم حرموا من نفقة والدهم[2].

ثانيا: الضرر المعنوي

يمتد الضرر الناتج عن الإصابة الواقعة على الجسم بفعل خطأ الطبيب أو الجراح، ليشمل الضرر المعنوي إلى جانب الأضرار المادية الجسدية والمالية، لذا فلا بد من تحديد الضرر المعنوي الموجب للتعويض، وموقف الفقه والقضاء من ذلك وكذا القانون الجزائري.

1- التعريف بالضرر المعنوي أو الأدبي

أقر القانون الروماني مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، وذلك دون تفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية، ثم انتقلت فكرة التعويض عن هذا الضرر إلى القانون الفرنسي [3].

يراد بالضرر المعنوي الأذى الذي يلحق شرف الإنسان وسمعته واعتباره ومركزه الاجتماعي، فهو ضرر يصيب مصلحة غير مالية للمضرور.

في المجال الطبي هو ما يصيب المريض في شعوره وأحاسيسه نتيجة معاناة وألام تنتج عن مجرد المساس بسلامة جسم المريض أو إصابته أو عجزه نتيجة خطأ الطبيب أو الجراح، ويبدو كذلك في الآلام الجسمانية والنفسية التي يمكن أن يتعرض لها، ويتمثل

---

[1] - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 180.

[2] - د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 484.

[3] - د/ سعيد مقدم، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992، ص60 وص ص112-115.

أيضا فيما قد ينشأ من تشوهات وعجز في وظائف الأعضاء [1]، التي تتمادى بعد الحادث وخلال العلاج وقد تستمر بعدها، ما يخلق لدى المريض عقدا نفسية وشعورا بالنقص وبالحاجة إلى الآخرين، أكثر من ذلك فهو يمس بمشاعر المريض وعاطفته وبمكانته العائلية والمهنية والاجتماعية، كالتشويه الذي تتركه الإصابة في موضع بارز من الجسم خصوصا الوجه، فينعكس سلبا على نفس الضحية مما يحدث لديها الألم والشعور بالانتقاص[2].

عرضت قضية على محكمة "باريس" PariS بتاريخ1 مارس 1949 تتلخص وقائعها، أن طبيب وضع الجبس على قدم مريض، فأخذ هذا الأخير يصرخ من شدة الألم طوال الأيام التالية بشكل غير عادي، ولم يعر الطبيب أي اهتمام لهذه الآلام، مما أدى بعد مرور أيام إلى شلل حركة أعصاب القدم والأوعية الدموية التي تغذيها، مما أدى إلى حدوث "غنغرينا" GANGRINE لا يمكن معالجتها إلا ببتر الساق، وكان سبب هذا البتر هي الأخطاء المتعددة من قبل الطبيب المعالج[3].

قد يشعر المريض بآلام جسمانية نتيجة المساس بسلامة جسده إثر استعمال أدوات وأجهزة طبية من قبل الطبيب أثناء التدخل الطبي العلاجي أوالجراحي، وقد أصيب مريض بآلام جسدية نتيجة الالتهابات التي لحقت به نتيجة تعرض جلده إلى كمية زائدة من الأشعة بسبب خلل في منظم جهاز الأشعة، وفي هذا الصدد قضت محكمة "**مونبليه**" Montpelier بتاريخ 10مارس 1948 بمسؤولية الطبيب عن هذه الالتهابات التي لحقت المريض[4].

منح القضاء الفرنسي تعويضا عن الضرر المتمثل في الآلام النفسية الذي نتجت عن المساس بجسم مريض إثر عملية جراحية، فقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20

---

[1] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 169. د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 60. د/ عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 1714.

[2] - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 187 و188.

[3] - د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 161.

[4] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 156.

ماي 1980 بأن الآلام النفسية التي عانها المصاب على إثر العملية الجراحية التي أجريت له عقب الحادث تشكل ضرر تستوجب التعويض[1].

يتخذ الضرر المعنوي صورة أخرى تتمثل في الحرمان من متع الحياة المشروعة المترتب عن عدم قدرة المتضرر الجسدية أو العقلية على أن يعيش حياة عادية مثله مثل باقي البشر، سواء تعلق الأمر بقدرته على أداء حاجاته اليومية من أكل وشرب أو الحرمان من الإنجاب بسبب ما أصابه من عطل أعجزه جسديا[2]، أو إصابة الشخص بشلل في ساقه ومن شأن هذه الإصابة أن تمنعه من ممارسة الرياضة التي إعتاد عليها[3] أو أن يترتب عن خطأ الطبيب في علاج المريض إصابة هذا الأخير بشلل في ساقه، مما يجعله لا يحيا حياة عادية، فإذا كان المصاب طفل فمن شأن الإصابة أن تحرمه من التمتع بطفولته، أو إذا كان المصاب مؤهل للزواج فإن الإصابة تحرمه من متعة الزواج.

لا يقوم الضرر المعنوي بالنسبة للمضرور إلا بقيام الإصابة الجسدية، فهذا النوع من الضرر التابع قد يقتصر على المريض المصاب ذاته، وقد يمتد إلى غيره من أقاربه وذويه، وهو في الحالة الأولى يكون مرتبطا بالإصابة الجسدية ذاتها، فالإصابة الجسدية تؤدي دائما إلى مثل هذا الضرر الأدبي، أما في الحالة الثانية التي يلحق بغير المصاب كما في حالة الوفاة، فيكون له استقلاله عن الضرر الجسدي الذي لحق المصاب وحده[4].

لكن قد يحدث الضرر المعنوي مستقلا عن الضرر الجسدي الذي لحق بالمريض، مثل عدم احترام كرامة المريض وعرضه وشرفه أثناء قيام الطبيب بالعمل الطبي[5]، أو

---

[1] - ياسين محمد يحي، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية، مصر، 1992، ص 115

[2] - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 188.

[3] - د/ عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت- باريس) وبين ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، 1984، ص 277 و278.

[4] - عز الدين قمراوي، مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر، الموسوعة القضائية الجزائرية موسوعة الفكر القانوني، المسؤولية الطبية، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية ،الجزائر 2003، ص 54.

[5] - Kawtar (BENCHEKROUN), Les droits du patient au Maroc : quelle protection ?, Master en droit médical, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Salé, Université Mohamed V, Maroc, 2009, p 21 et 22.

في حالة إفشاء الطبيب لأسرار المريض[1] الذي يعتبر إخلالا منه بالالتزام الذي تفرضه عليه المهنة والقانون، فيصيب المريض في سمعته واعتباره[2]، فيحق للمريض أو ذويه في حالة تضرره اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض، وهذا ما حدث بمناسبة قضية الرئيس الفرنسي السابق "فرنسوا ميتيرون" François METIRAND والمعروفة بقضية "السر الكبير" Le grand secret [3].

تبدوا أهمية الضرر المعنوي أكثر في مجال جراحة التجميل، وهذا راجع إلى ما تهدف إليه هذه الجراحة، ويسمى الضرر الجماليDommage esthétique بغض النظر عن الضرر التألمي، إذ نميز في مجال جراحة التجميل بين نوعين من الضرر الجمالي، فهناك ضرر يصيب حسن الملامح والخلقة بالنسبة للمضرور كشخص عادي، ونجد الضرر الجمالي الذي ينعكس على مهنة المصاب، كما هو الحال بالنسبة للفنانين، وبعض المهن التي تتطلب مظهرا لائقا[4]، فالشخص الذي يلجأ إلى جراح التجميل لغرض إجراء عملية جراحية بغية إزالة عيب بسيط، وبعد العملية يزيد وجهه عيبا وتشوها، فهنا الضرر الجمالي لا بد من النظر إليه بأكثر حساسية بالمقارنة إلى العيوب الناتجة عن الجراحات الأخرى، التي قد لا يهتم المريض بشكله أو مظهره، وإنما هدفه الوحيد هو صحته

---

[1] - راجع المادة 206 من ق.ح.ص.ت. والمواد من 36إلى 41 من م.أ.ط

[2] - د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد...، مرجع سابق، ص 766.

[3]- تتلخص وقائع القضية في قيام الطبيب Claude GULBERT الذي كان يعالج الرئيس "**ميتيرون**" METIRAND بتأليف كتاب تحت عنوان « Le grand secret »هو مع Michel GONOD، نشر فيه كل المعلومات الخاصة بمرض الرئيس، وهو السرطان، وكل تفاصيل العلاج المقدم له، بالإضافة إلى أنه ذكر أن الرئيس السابق وقبل وفاته وخلال السنوات الأخيرة لعهدته الرئاسية طلب منه تحرير شهادات طبية مزورة، يؤكد فيها عدم قدرة الرئيس على ممارسة مهامه. رفعت عائلة الرئيس السابق دعوى قضائية ضد الطبيب المؤلف، على هذا النشر الذي تمت إدانته جزائيا وإلزامه بتعويض مدني قدره 80.000 فرنك فرنسي لأولاده الثلاث مناصفة، ومبلغ 100.000 فرنك فرنسي لزوجة الرئيس.

TGI Paris, 1ere ch., 23 Oct.1996

أنظر محتوى هذا القرار كاملا لدى د/ محمد يوسف ياسين، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين، قانونا- فقها – اجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص ص 130 -142.

[4] - د/ العيرج بورويس، المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008، ص 71.

وعافيته، وبالتالي فالضرر الجمالي الذي هو صورة من صور الضرر المعنوي أكثر تقديرا.

يختلف الضرر المعنوي من شخص إلى أخر، فالشاب ليس كالمسن، والفتاة ليست كالولد، فالأمر يقدر على ضوء الآثار التي يتركها العجز والتشوه على حالة الشخص المضرور، بالنظر إلى عمله، وظروفه الاجتماعية[1]. فالمنطق يقضي بتقديره بمعيار شخصي[2].

يعود للقاضي تحديد مدى وجود هذا الضرر، وأن يقدر التعويض عنه نقودا، إلا أن تحديد هذا التعويض عن الضرر المعنوي بالنقود أمرا عسيرا من الناحية العملية فالسمعة الإنسانية والمكانة الاجتماعية والعاطفة والحزن لا يمكن تقديرهم بالمال، لذلك فالتعويض عن المساس بهما كوسيلة إرضاء أكثر منه لإعادة وضع اهتز إلى حالته الأولى لان ما حصل قد حصل ولا يمكن محوه[3].

2- موقف الفقه من الضرر المعنوي

لا يترتب عن الضرر المعنوي أي خسارة مالية عكس الضرر المادي الجسدي والاقتصادي، وهذا ما خلق في البداية مشكلة التعويض عن الضرر المعنوي، حيث ظهر جدل فقهي حول مدى التعويض عن الضرر المعنوي. فإنقسم الفقه إلى معارض ومؤيد.

أ- النظرية الرافضة لمبدأ التعويض على الضرر المعنوي

كان جانبا من الفقه يعارض فكرة التعويض عن هذا الضرر المعنوي بحجة أن هذا النوع من الضرر يفترض أنه غير مادي ومن ثمة يستحيل تعويضه ماديا و لأنه لا يلحق بالمضرور أية خسائر مالية، أي أن تلك الأضرار لا تنقص شيئا من الذمة المالية للشخص المضرور لذلك يقولون بأن الضرر المادي هو الضرر المالي والضرر المعنوي هو الضرر غير المالي[4].

---

1 - كريم عشوش، مرجع سابق، 201.

2 - عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 54.

3 - د/ مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 64.

4 - د/ سعيد مقدم، مرجع سابق، ص ص 66-67. علي فيلالي، مرجع سابق، هامش ص 286.

كما أنه من الصعوبة تقدير الأضرار المعنوية نقدا، كما أن التعويض عن الضرر المعنوي أو الأدبي لا يزيل أثار تلك الأضرار، فهو لا يمحو الأحزان والآلام والأوجاع ولا يرجع الجمال الضائع[1].

نلاحظ أن كافة معارضي الضرر المعنوي يركزون على الطابع غير الاقتصادي، أو غير المالي لهذا النوع من الضرر، ويرفضون التعويض عنه كونه يصعب محوه.

ب- النظرية المؤيدة لمبدأ التعويض عن الضرر المعنوي

يرى هذا الاتجاه أن الضرر المعنوي كالضرر المادي لا يثير أية صعوبة من حيث المبدأ، فكلاهما قابل للتعويض متى توافرت شروطه، ومن ثم يجب ان يعوض عن الضرر المعنوي تعويضا نقديا، طالما كان هذا الضرر مشروعا. لذالك لا ينبغي أن يعطى لعبارة تعويض مفهوما ضيقا، ففي رأي الأستاذ " دلما" Delmas يتمثل المعنى الحقيقي لعبارة تعويض تقديم البديل وطالما أن النقود هي أحسن بديل فالتعويض يكون نقديا[2].

يعتبر أنصار هذه النظرية أن التعويض وسيلة لإرضاء للنفس[3] تجعل المريض يتحمل ألامه ويسهى عنها بتوظيف المال بما يعود عليه بالنفع [4]، كما أنه يعتبر وسيلة لمحو الضرر، أو لتقليل وطأته إذا لم يكن محوه ممكنا، والغالب أن يكون مبلغا من المال يحكم به للمضرور على ما أحدث له من ضرر، ويسري هذا الحكم على الضرر المعنوي، كما يسري على الضرر المادي، لأن المسألة لا تتعلق بالقضاء نهائيا على الضرر، بقدر ما يتعلق بمنح المضرور ضررا معنويا، ترضية ومواساة المضرور للتخفيف من شدة ألامه، لأن زوال الضرر ليس بالنتيجة الحتمية المألوفة للتعويض[5].

لم يغفل الفقه الإسلامي فكرة الضرر المعنوي الذي يتمثل في إصابة مشاعر وعواطف الإنسان بالآلام أو الحزن، فحرص على جبر الضرر مهما كان نوعه أيا كان

---

[1] - د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري..، مرجع سابق، ص 280.

[2] - Delmas disait : « Réparer, c'est fournir un équivalent et comme l'équivalent par excellence est l'argent, la réparation est pécuniaire. » .

نقلا عن سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 79.

[3] - الترضية كأساس للتعويض La satisfaction des dommages et intérêts، أنظر هذا الأساس بالتفصيل لدى د/ سعيد مقدم، مرجع سابق، 103 وما بعدها.

[4] - د/ مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 167.

[5] - د/ سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 104 و105.

مصدره، مستندين على القواعد الكلية منها " **لا ضرر ولا ضرار**"[1] والذي يعد أساسا لمنع العمل غير المشروع ووجوب تعويضه، وكذلك هناك قاعدة " **الضرر يزال شرعا**". والضرر النفسي المتولد عن الجرح يتمثل في الشعور بالحسرة على فوات الجمال أو ما يسببه في قبح عند المتضرر يولد عنده الآلام والشعور بالحزن وهو لا بد من تعويضه[2].

تأثر الاجتهاد القضائي بالآراء الفقهية المتباينة، فمال الاجتهاد القضائي الفرنسي في بادئ الأمر إلى استبعاد التعويض عن الضرر المعنوي لعدم استطاعة تقديره بالنقود ولأنه لا يشكل ضررا قابلا للتعويض، إلا أنه عاد وأقر إلزام التعويض عن الضرر المعنوي[3]، واستمر اجتهاد المحاكم في هذا الاتجاه إلى يومنا هذا [4].

3- موقف المشرع الجزائري من التعويض عن الضرر المعنوي

جاء القانون المدني الجزائري على غرار تقنين نابليون خاليا من أي نص يقر صراحة مبدأ جواز التعويض على الضرر المعنوي، وهذا قبل تعديل القانون المدني، لكن بعد تعديل هذا القانون في سنة 2005 تفطن المشرع وسد النقص الموجود في هذا القانون وبين موقفه بصفة صريحة لا تحتاج إلى تأويل بخصوص التعويض على الضرر المعنوي، بالرغم من تطبيق القضاء الجزائري ووجود قوانين متفرقة تسمح بالتعويض على الضرر المعنوي قبل التعديل.

أ- قبل تعديل القانون المدني

لم يتطرق القانون المدني الجزائري إلى مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي، حين تطرق إلى طريقة تقدير التعويض في المادة 182 من ق.م.ج، التي يستنتج منها أن المشرع لم يذكر فيها التعويض عن الضرر المعنوي، نفس الشيء نستشفه من خلال المادة 131 التي تحيلنا إلى المادة السالفة الذكر.

---

[1] - حديث نبوي شريف رواه الإمام مالك في الموطأ، نقلا عن د/منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات...، مرجع سابق، ص 412.

[2] - د/ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات...، المرجع نفسه، ص 412.

[3] - قضت محكمة ليون في 17جوان 1896 بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي أصاب أهل المتوفى نتيجة قيام أحد الأطباء بعملية تشريح جثة الميت دون علم أو موافقة ذويه. أنظر تفاصيل ذلك لدى د/ سعيد مقدم، مرجع سابق، ص165.

[4] - د/ مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص 167.

جاء لفظ الضرر الوارد في المادة 124 من (ق.م.ج) المقابلة للمادة 1382 من (ق.م.ف) عاما، مما يسمح بالتأويل فيفهم منه التعويض عن الضررين المادي والمعنوي.

لم يرفض المشرع الجزائري مبدأ التعويض على الضرر المعنوي، لأنه لو فعل ذلك لوقع في تناقض، لأنه نص عليه في قوانين متفرقة، كالمادة 05 من قانون الأسرة السالف الذكر التي تنص على ذلك صراحة عما يلي:

"... إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين، جاز الحكم بالتعويض... ".

نص قانون الإجراءات الجزائية[1] في مادته4/03 عما يلي:

"... تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

ضف إلى ذلك المادة 08 من القانون 78-12 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل الملغى بقانون 90-11 السالف الذكر التي نصت عما يلي:

" ...كما يضمن التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت العامل".

وقع المشرع الجزائري في سهو أو قصور لما سكت على النص صراحة على مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، ونص عليه في نصوص قانونية صريحة في قوانين متفرقة، خاصة وأن القضاء الجزائري مستقر على التعويض على الأضرار المعنوية[2].

---

[1] - أمر رقم 66-155 مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـــ 8 جوان سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر عدد 48، السنة الثالثة مؤرخة في 19 صفر 1386 الموافق لـــ10 جوان 1966، معدل ومتمم.

[2] - نصت المادة 4/3 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على مبدأ تعويض الضرر المعنوي صراحة، وهو المبدأ الذي تطبقه الغرفة الجزائية في العديد من قضاياها، فمثلا حكم محكمة الجنايات لولاية الجزائر بتاريخ 1979/09/26، والذي قضى في دعوى الاعتداء على شرف فتاة، بمبلغ 60ألف د.ج كتعويض على الضرر المادي، و15 ألف د.ج كتعويض عن الأضرار المعنوية، بما في ذلك ما لحقها من اعتداءات مادية.

أنظر د/ سعيد مقدم، مرجع سابق، ص 182.

ب - بعد تعديل القانون المدني

تدارك المشرع الجزائري إلى ضرورة سد الفراغ الموجود في القانون المدني، في وقت متأخر، أي بعد مرور ثلاثون سنة من وضع هذا القانون، حيث استحدث المادة 182 **مكرر** بمناسبة تعديل هذا القانون بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، التي تنص عما يلي: "**يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة**".

الفرع الثاني

شروط الضرر في المجال الطبي

لكي يتمكن المريض من مطالبة الطبيب المتسبب في الضرر بالتعويض، لا بد أن تتوافر في الضرر مجموعة من الشروط، ولم يتفق الفقه المدني ولا التشريعات المدنية على موقف موحد في تعداد الشروط الواجب توافرها في الضرر كركن ثاني من أركان المسؤولية المدنية بصفة عامة والمسؤولية الطبية على وجه الخصوص، وعلى العموم تتمثل شروط الضرر الموجب للتعويض في وجوب أن يكون الضرر قد تحقق فعلا (أولا)، وشخصيا ومباشرا **(ثانيا)**، وأن يصيب حقا أو مصلحة مالية للمضرور **(ثالثا)**.

أولا: أن يكون الضرر محققا

يكون الضرر محققا أي وقع بالفعل أو أنه سيقع حتما وقت المطالبة بالتعويض[1]، ومعنى ذلك أن الضرر المحقق ما كان أكيدا سواء أكان حالا أو مستقبلا حتمي الوقوع، والتعويض لا يكون إلا عن الضرر المحقق [2]، ولا يكفي مجرد الإدعاء بوقوع الضرر بل يستوجب أن يكون مؤكدا[3]، ولكي يعد الضرر محققا وجب إثبات أن المريض كان لديه الأمل في الشفاء، وأن الضرر الذي تحقق بالوفاة كان أثناء التدخل الجراحي، ونتيجة لعدم وفاء الطبيب بما التزم به من عناية للمريض[4]، أو أن يصاب المضرور بجروح في

---

[1] - د/ أحمد محمود سعد، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه والقضاء المصريين والفرنسيين، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2007، ص 461.

[2] - د/ منصور عمر المعايطة، مرجع سابق، ص 57.

[3] - د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص 486.

[4] - د/ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 461.

جسمه أو نقص في ذمته المالية، أو أن يموت [1]، أو أن تصبح حالة الشخص بعد خضوعه لجراحة التجميل أكثر تشوها وعيبا عما كانت عليه قبل العملية الجراحية [2].

إن القول بأن الضرر أكيدا، لا يعني أنه يجب بالضرورة أن يكون حاليا وآنيا، فالتعويض عن الضرر المستقبلي جائز، إذا كان حدوثه أكيدا على أن يكون ممكنا تقديره بالمال[3]، إذ يتمثل الضرر المستقبل في الأذى الذي لم يقع في الحال إلا أن وقوعه مؤكد في المستقبل، أي يتحقق سببه إلا أن أثاره كلها أو بعضها تراخت إلى المستقبل أو لأجل لاحق، وعليه فالمريض الذي أصيب بأضرار جسدية، ولم يتمكن الأطباء من الجزم ما إذا كانت الساق ستبتر، فإن لهذا المريض حق المطالبة عن الأضرار الحالة والمستقبلية إذا كان احتمال بتر الساق واردا لا محالة، ويعتبر أيضا من قبيل الضرر المستقبلي الحروق الناجمة عن تعريض جسم مريض للأشعة التي تبدو لأول مرة هينة ثم يتمخض عنها ضرر جسيم في المستقبل وهو سيقع حتما وبصفة أكيدة [4].

قد يصاب المريض بعاهة دائمة نتيجة خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي، تمنعه من تحصيل كسب مادي له ولعائلته، فعاهته هنا تحققت، لكن الخسارة المادية تعتبر مستقبلية، لكنها محققة[5].

يظهر الضرر المستقبلي بصورة واضحة خاصة في جراحة التجميل، لأنها تتطلب انتظار شهور للتأكد من مدى نجاح العملية من فشله والآثار المترتبة عنها[6].

يستطيع القاضي تقدير التعويض عن الضرر الذي قد يترتب أو يظهر في المستقبل كآثار للضرر الأصلي وهذا وفقا للمادة 131 من ق.م.ج، التي تسمح للمضرور أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في تقدير التعويض في حالة ما إذا تعذر على القاضي

---

[1] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، ص 461.

[2] - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 148.

[3] - عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 55.

[4] - د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري... ، مرجع سابق، ص 272-274.

أنظر أيضا د/ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 459.

[5] - وائل تيسير محمد عساف، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 99 .

[6] - سامية بومدين، مرجع سابق، ص 147.

تقديره بصفة قطعية ونهائية[1]، يعني ذلك أنه يجوز التعويض عن الضرر المستقبلي، وللقاضي أن يقدره بما يتوافر لديه من عناصره في الدعوى وإذا كان لا يستطيع تقديره فور وقوع سببه فإنه يجوز أن يحكم بتعويض مؤقت مع حفظ حق المضرور في المطالبة باستكمال التعويض.

يصعب على القاضي معرفة مدى الضرر الحاصل للشخص، نتيجة الخطأ الفني للطبيب أو الجراح، الأمر الذي يتطلب منه الاستعانة بأهل الخبرة من الأطباء بغية الاستنارة والاهتداء في كشف الخطأ والضرر الحال الناجم عنه وتبيان ما يحصل من ضرر مستقبل ولو بعد عدة سنوات[2].

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان من الممكن التعويض عن الضرر المستقبلي الذي قام سببه وتراخت أثاره كلها أو بعضها في المستقبل، فإن الضرر الاحتمالي لا يعطي للمريض الحق في التعويض، لأنه قد يقع – وإن وقع اعتبر ضررا مستقبلا - وقد لا يقع، فوقوعه في المستقبل غير أكيد، وهو يقوم على وهم وافتراض لا أساس له، ولان الأحكام القضائية لا تبنى على الافتراض[3]، لذلك يبقى الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه إلا إذا وقع فعلا[4]، ولقد استقر القضاء الجزائري والفرنسي والمصري على عدم التعويض عن الضرر غير المؤكد، فقد قررت المحكمة العليا في الجزائر أن التعويض يخص الأضرار الحالة والمؤكدة[5].

ثانيا: أن يكون الضرر مباشرا وشخصيا

يعرف الضرر المباشر على أنه ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه المسؤول، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل عناية وجهد

---

[1] - المادة 131 ق.م.ج تنص على أنه:

" يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

[2] - د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص70.

[3] - د/ العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 162.

[4] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص371.

[5] - قرار غرفة القانون الخاص – ملف رقم 25499- بتاريخ 23 جوان 1982. مشار إليه لدى د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، ص274 .

معقول[1]، فإذا كان باستطاعة المضرور أن يتوقاه ببذل العناية التي يبذله الرجل العادي كان الضرر غير مباشر[2].

يعتبر الضرر المباشر في المجال الطبي ما كان نتيجة طبيعية ومباشرة لخطأ الطبيب المعالج أثناء تدخله، بمعنى هناك علاقة سببية مباشرة بين هذا النشاط والضرر المشكو منه[3]، ويحق للمريض المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر المباشر[4]، ومثال ذلك سقوط إحدى آلات الطبيب الجراح على رئة المريض أثناء التدخل الجراحي، أو ترك مريض مخدر مما يترتب سقوط رجليه في حافظة ماء ساخن مما نجم عنه احتراقها، كما يسأل الطبيب عن الأضرار المباشرة الناجمة عن نسيان قطعة من القطن أو أداة من أدوات الجراحة في بطن المريض[5].

حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي والمصري، فيما يتعلق بمبدأ التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر، وهذا في إطار المسؤولية العقدية في المادة 182 من ق.م.ج[6] التي تنص عما يلي:

"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقدأو في القانون فالقاصي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أوللتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن باستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد،

---

1 - عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ...، مرجع سابق، ص 1033.

2 - د/ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 170.

3 - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، 185. عز الدين قمراوي، مرجع سابق، ص 56.

4 - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 99.

5 - أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص 460 و 461.

6 - المادة 182 من ق.م.ج تقابل المادة 1151 من ق.م.ف .

Art 1151 dispose : « …les dommages et intérêts ne doivent comprendre a l'égard de la perte approuvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. »

فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطئا جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد" [1] .

أما الضرر غير المباشر لا يعوض عنه أصلا، لا في المسؤولية العقدية ولا في المسؤولية التقصيرية، فلا تعويض إذن في المسؤوليتين إلا عن الضرر المباشر[2]، وعليه يسأل الطبيب المخطئ عن الضرر المباشر الذي لا يستطيع أن يتوقاه ببذل جهد معقول، في حين لا يجوز مساءلته عن الضرر غير المباشر، وهذا الضرر المباشر الموجب للتعويض قد يكون ضررا متوقعا أو ضرر غير متوقع.

يعتبر الضرر متوقعا إذا كان من الممكن التنبؤ بسببه ومقداره، أي ذلك الضرر الذي يحتمل حصوله ويمكن توقعه، وهو بذلك يكون ضررا مباشرا [3].

أكد المشرع الجزائري في المادة 182 من (ق.م.ج) المقابلة للمادة 2/221 من (ق.م.م) عن وجوب التعويض عن الضرر المباشر المتوقع في المسؤولية العقدية دون الضرر المباشر غير المتوقع إلا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، في حين يشمل التعويض في المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع.

يكمن السبب في حصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المتوقع وحده دون الضرر غير المتوقع مع أن كلاهما ضرر مباشر ناتج عن إخلال المدين بالتزامه، إلى أن كل من المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على أساس ما يتوقعه من العقد، إذ أن المدين لم يكن ليتعاقد لو كان يعلم أن الضرر الذي سوف يسأل عنه عند عدم التنفيذ أو عند الإخلال

---

1 - ولم يتعرض لفكرة التعويض عن الضرر غير المباشر في مجال المسؤولية التقصيرية، ولقد كان من المنطقي أن تطبق هذه القاعدة في نطاق المسؤولية التقصيرية. أنظر في هذا المعنى:

Jacques (FLOUR), Jean-Luc (AUBERT), Les obligations, Le fait juridique, ARMAND COLIN Paris, 1997, p123.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 270.

3 - إن كل ضرر متوقع هو ضرر مباشر، لكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضررا متوقعا، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه، فبالتالي الضرر المباشر قد يكون ضررا متوقعا أو ضررا غير متوقع.

د/ حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006، ص 314.

به سيكون كبيرا جدا[1]، أما الضرر غير المتوقع لا يدخل في دائرة التعاقد فلا تعويض عنه[2].

يعتبر إقرار مبدأ التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في نطاق المسؤولية الطبية العقدية إجحاف في حق المريض، فعلى سبيل المثال نجد أن مسؤولية جراح التجميل[3] مسؤولية عقدية، وهذا يعني أن المريض المضرور يفقد حقه في التعويض عن الأضرار غير المتوقعة، لكون التعويض يكون فقط على الضرر المتوقع، لكن ما دام جراح التجميل يعلم في معظم الحالات بكل المخاطر التي قد تترتب عن عملية جراحة التجميل المتوقعة منها وغير المتوقعة، فمن المنطقي أن يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع الذي أحدثه مباشرة بخطئه وهذا حماية للطرف الضعيف في العلاقة الطبية، وإن كان هذا خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بالتعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط في نطاق المسؤولية العقدية.

لا يكفي أن يكون الضرر الموجب للتعويض مباشرا، بل لا بد أن يكون أيضا شخصيا، ويقصد به أن يصيب شخصا معينا بذاته، أو أشخاصا معينين بذواتهم[4] فلا يقبل طلب التعويض إلا إذا قدم من المريض المضرور نفسه، أو من له علاقة أو صفة قانونية كمن ينوب عن المريض غير المؤهل قانونا، كالمريض القاصر، وفي هذه الحالة نكون بصدد الضرر المرتد.

يعتبر الضرر المرتد ذلك الضرر الذي تترتب عنه أضرار أخرى تصيب الغير كالورثة في حالة وفاة المريض، أو الضرر الذي يصيب الزوجة أو الأولاد نتيجة العاهة المستديمة الناجمة عن خطأ الطبيب، أو الضرر الذي يصيب الأبوين، وعلى العموم يحق لورثة المريض المتوفى أو العاجز نتيجة مطالبة الطبيب هذا الأخير بالتعويض عما تسبب في فقدان معيلهم الوحيد أو عجزه[5]، والضرر المرتد قد يتمثل في الخسارة المالية أي ضرر ماديا، وقد يكون ضررا معنويا كالضرر الناتج عن وفاة الزوج.

---

[1] - د/ حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 316.

[2] - د/ عبد الرازاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد...، مرجع سابق، ص 770.

[3] - لم ينظم المشرع الجزائري هذا النوع من الجراحة في القوانين المتعلقة بالصحة.

[4] - د/ سمير عبد السميع الأودن، مرجع سابق، 253.

[5] - وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 99.

ثالثا: أن يصيب الضرر حقا أو مصلحة مالية مشروعة للمضرور

يجب أن يكون الضرر المطالب بالتعويض عنه، قد مس حقا أو مصلحة مالية للمضرور، والحق يعني حق الشخص في سلامة جسمه وحياته وعقله من الأذى، وخطأ الطبيب الذي يصيب جسم المريض يعتبر قد مس حق من حقوق المريض الأساسية في الحياة.

قد يكون طالب التعويض هو المريض أي المضرور نفسه، أو يكون أحد الورثة الذين يلزم المريض بإعالتهم قانونا مثل الآباء أو الأبناء والزوجة، وهنا لا تثور أية مشكلة، ولكن التساؤل يثور حول حالة كون المعالون من طرف المريض المتوفى من غير ورثته الشرعيين، لكن المريض قد اعتاد على الإنفاق عليهم مدة طويلة إذ لهؤلاء الأشخاص مصلحة في بقاء هذا المريض على قيد الحياة[(1)].

وعليه لم يحدد المشرع الجزائري شروط خاصة بالضرر في المجال الطبي، وإنما إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة يحق للمريض المضرور المطالبة بالتعويض، ويقع عبء الإثبات عليه، فالبينة على من ادعى، وذلك طبقا للمادة 323 من (ق.م.ج)[(2)]، والمادة 1315 من (ق.م.ف)[(3)]، ففي الحالات التي يكون فيها الطبيب ملزما ببذل عناية، يتعين على المريض المضرور إثبات الضرر الذي أصابه، لأن غياب الضرر ينفي المسؤولية المدنية على الطبيب، أما في الحالات التي يكون الطبيب أو الجراح ملزما بتحقيق نتيجة، فإن غياب النتيجة في حد ذاتها ضرر، فيكفي على المريض أن يثبت عدم تحقق النتيجة التي التزام الطبيب بالوصول إليها لقيام مسؤوليته[(4)].

كما يعتبر وقوع الضرر المادي واقعة مادية، وليس عمل قانونيا، ويترتب على هذا، أنه يجوز إثبات هذا الضرر ومقداره بكافة طرق الإثبات، أما بخصوص حدوث الضرر المعنوي، فتبقى السلطة التقديرية للقاضي مطلقة، لأنه لا يمكن معاينته ماديا.

---

[1] - د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص70.

[2] - المادة 323 من ق.م.ج ع تنص ما يلي: " على **الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه**".

[3]- Art 1315 dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

[4] - د/ عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية...، مرجع سابق، ص 334 و334.

المطلب الثاني

تفويت الفرصة صورة جديدة للضرر في المجال الطبي

يعتبر الضرر الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو حريته أو اعتباره أو شرفه. وأنه مهما كانت طبيعة الضرر ماديا كان أو معنويا يشترط أن يكون محققا فعلا غير محتمل، حتى لو كان مستقبل مادام أنه محقق، ومادام الضرر الطبي الموجب للمسؤولية المدنية على وفق هذه المواصفات، فهل يمكن اعتبار مجرد تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة كافية للقول بوجود ضرر طبي موجب للمسؤولية؟

رغم أن المشرع الجزائري قد أشار إلى تفويت الفرصة، فرصة الكسب في المادة 182[1] من القانون المدني الجزائري، لكنه يبقى هذا النص غير كافي لتطبيقه في المجال الطبي لتوفير حماية أكثر للمريض، وفي مواجهة عدم اليقين الذي يطغى على رابطة السببية بين خطأ الطبيب والضرر النهائي، قرر القضاء الفرنسي إيجاد حل لتيسير مهمة إثباتها عن طريق استعمالها نظرية فوات الفرصة، بمعنى تغيير محل السببية، فبعدما كانت تربط بين الخطأ الطبي والضرر النهائي في إطار المسؤولية الطبية التقليدية، أصبحت تربط بين خطأ الطبيب وفوات الفرصة، فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة، فمتى ثبتت علاقة سببية مباشرة وأكيدة بينهما، يفترض ثبوت السببية التقليدية.

طبق القضاء المدني الفرنسي نظرية فوات الفرصة على جميع الأخطاء الطبية الفنية، الإيجابية منها والسلبية **(فرع أول)**، كما طبقت على الأخطاء المتصلة بالإنسانية الطبية أو المتعلقة بأخلاقيات مهنة الطب، خاصة منها إخلال الطبيب بالالتزام بإعلام المريض **(فرع ثان)**.

---

[1] - تنص المادة 182 ق. م. ج عما يلي: " ... ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب...".

الفرع الأول

تفويت الفرصة الناتج عن الأخطاء الطبية الفنية

وضع القضاء الفرنسي مبدأ مفاده أن كل خطأ طبي فني، إذا لم يكن السبب في إحداث الضرر النهائي، فهو على الأقل سببا في تفويت فرصة شفاء أو بقاء المريض على قيد الحياة، ولقد طبق نظرية تفويت الفرصة على كل الأخطاء التي يرتكبها الطبيب، نميز في هذا الصدد بين الأخطاء الطبية الإيجابية **(أولا)** والأخطاء السلبية[1] **(ثانيا)**.

أولا: الأخطاء الطبية الإيجابية وفوات الفرصة

قد يفوت الطبيب فرصة الشفاء على المريض أثناء ارتكابه خطأ في مرحلة التشخيص أو في مرحلة الرعاية الطبية في مجال التوليد.

1- الخطأ في التشخيص وفوات الفرصة

لقد سبق القول أن مجرد الغلط في التشخيص لا يثير مسؤولية الطبيب إلا إذا كان منطويا من جهة على إهمال في الفحص الطبي وهو ما يطلق عليه الإهمال في التشخيص، والذي يكمن في تسرع الطبيب في بت وتقرير حالة المريض دون القيام بالتحاليل الطبية التي تمكنه من الوصول إلى التشخيص السليم، أو إهماله الاستماع إلى المريض ليتحصل منه على المعلومات التي تمكنه من الوصول إلى تشخيص صحيح ، ومن جهة أخرى عندما يشكل ذلك الغلط جهلا واضحا بأولويات الطب المستقر عليها نظريا وعمليا بين الأطباء وهو ما يسمى بالغلط العلمي في التشخيص[2].

تعتبر محكمة قرونوبل Grenoble أول من طبقت نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي بمناسبة خطأ الطبيب في تشخيص المرض، وذلك في حكمها الذي أصدرته في 24 أكتوبر1962، وقضت بالتعويض الجزئي للمريض، إذ قررت أن عدم تطبيق العلاج

---

[1] - يكون خطأ الطبيب المتمثل في انحرافه عن السلوك المعتاد، إما في صورة فعل فيكون خطؤه إيجابيا، أو في صورة امتناع وبالتالي فهو خطأ سلبي.

أنظر د/ شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 17.

[2] - د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص ص 48-52. أنظر كذلك: د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 140. د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص ص 61-64.

المستهدف من التدخل الطبي، نتيجة للخطأ في التشخيص، أدى إلى حرمان المريض، بصفة مؤكدة، من فرصة حقيقية للشفاء.

وتتلخص وقائع القضية بإصابة شخص بجرح على مستوى رسغ اليد، فأمر الطبيب المعالج بأخذ صور الأشعة ليد المصاب، ولم يتبين منها أي شيء غير طبيعي، وقد استرد المصاب نشاطه العادي، لكن وبعد مرور سبع سنوات، شعر المصاب بآلام مبرحة ناشئة عن حدوث تورم ضخم على مستوى الإصابة القديمة، لذلك قام المصاب بمقاضاة الطبيب، انتدبت المحكمة خبير، والذي جاء في تقريره المودع أنه باستطاعة الطبيب المعالج ملاحظة وجود كسر برسغ يد المصاب لو أنه قام بمراجعة صور الأشعة السابق إجرائها بعين مدققة، وانتهى الخبير في تقريره إلى انعدام رابطة السببية بين الخطأ الطبي والضرر النهائي مؤكدا أن ما ألت إليه حالة المريض يعد نتيجة احتمالية للخطأ في التشخيص ونقص العناية اللازمة، بل ومن الجائز حدوث إصابة جديدة بالرسغ ساعدت على عدم التئام الإصابة الأولى[1].

أيدت الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في تاريخ 14 ديسمبر 1965[2] ولأول مرة القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 7جويلية 1964، والذي قضى بالتعويض على المريض على أساس فوات الفرصة في الشفاء، وتتلخص وقائع القضية في إصابة طفل يبلغ من العمر 8 سنوات، إثر سقوطه فأصيبت يده اليمنى وشخصها الطبيب على أنها كسر بالجزء السفلي من عظم الفخذ الأيمن، وعالجه الطبيب وفق هذا التشخيص، ولم يفلح الطبيب المعالج في شفاء الطفل الذي ظل يعاني من ألام مبرحة أثناء تحريك الكوع، الأمر الذي أدى إلى إعادة الكشف عليه بواسطة مجموعة من الأطباء بطلب من والد المريض، والذين شخصوا المرض على أنه ليس كسرا بالجزء السفلي من عظم الفخذ إنما مجرد خلع بمفصل الكوع في اليد اليمنى للطفل.

---

[1] - C. A de Grenoble, 24 oct.1962 .Cité in : M .(AKIDA), La résponsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 1994, p264 et 265.

[2] - Cass. 1ere Civ, 14 déc.1965. Cité in : Georges (BOYER CHAMMARD), Paul (MONZEIN), La responsabilité médicale, Presse universitaire de France, Paris, 1974, p 93 et 94. Voir aussi : M.(AKIDA) , Op.cit., p265.

أقام أولياء الطفل دعواهم بالتعويض على الطبيب المعالج، فاستعانت المحكمة باثنين من الأطباء الخبراء اللذان أودعا تقرير خبرتهما، فانتهت المحكمة إلى أنه ليس هناك علاقة سببية مؤكدة بين الخطأ الطبي والضرر الذي لحق بالطفل، لكن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم وقضت بالتعويض بحجة مفادها ثبوت قرائن خطيرة بما فيها الكفاية، محددة ومقبولة على قدر من البينة والترابط تكفي للقول بأن الإصابة الجديدة التي لحقت بالطفل إنما كانت نتيجة مباشرة للخطأ في التشخيص الذي ارتكبه الطبيب(1)، وقدرت مبلغ التعويض عن تفويت فرصة في الشفاء بمبلغ 65000 فرنك فرنسي(2).

2- الخطأ في الرعاية الطبية في مجال التوليد وفوات الفرصة

يلتزم الطبيب والجراح بمجموعة من الالتزامات، إذ يتعين عليه الإشراف على علاج المريض وبذل العناية والمتابعة الطبية المستمرة للحالة الصحية للمريض، وهي ذاتها الالتزامات التي تقع على عاتق الطبيب الأخصائي في الولادة الذي يقع عليه واجب متابعة الحالة الصحية للمرأة الحامل والجنين أثناء مرحلة الحمل وعليه كذلك بذل العناية اللازمة من أجل تجنب نزيف دموي أثناء الوضع بالنسبة للمرأة التي تعاني من إضطربات دموية، وعليه أخذ كل الاحتياطات والإمكانيات المتاحة لتسهيل عملية التوليد، أكثر من ذلك لا بد أن تستمر الالتزام بالمراقبة إلى المرحلة اللاحقة لعملية الوضع(3).

عرضت إحدى القضايا على محكمة النقض الفرنسية أين أصيبت امرأة بنزيف دموي حاد بعد عملية وضع الجنين، الذي كان طفلها الثامن، لم تتوصل الممرضة إيقافه بشكل نهائي، ورغم ذلك غادرت السيدة مستشفى الولادة عائدة إلى بيتها، وفجأة تدهورت حالتها الصحية بسبب النزيف الذي لم يتوقف، ثم توفيت.

قررت محكمة النقض الفرنسية أنه رغم عدم ثبوت علاقة السببية بين خطأ الطبيب والوفاة إلا أنه تم تفويت فرصة الشفاء على الضحية، فقضت بمسؤولية الطبيب الأخصائي في الولادة الذي، وبسبب خطئه في الإشراف والتوجيه، ترك المريضة تعاني من النزيف

---

[1] - د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 402.

[2] - د/ رايس محمد، مرجع سابق، ص ص 276-277.

[3] - د/ منير رياض حنا، مسؤولية المدنية للأطباء والجراحين... ، مرجع سابق، ص466.

الحاد وما رافقه وتمخض عنه الأنيميا وفقر الدم مما أودى بحياتها، فلذلك فإنه يسأل عن حرمان المريضة من هذه الفرصة ويلزم بالتعويض[1].

ففي قضية أخرى عرضت على القضاء الفرنسي بسبب وفاة سيدة بتاريخ 4 أبريل 1958 في إحدى المستشفيات الخاصة بعد أن وضعت جنينها، فرفع زوجها بتاريخ 08 أكتوبر 1958 دعوى قضائية ضد الطبيب المعالج والمستشفى الذي توفيت فيه زوجته مطالبا بتعويض قدره مائتا ألف (100.000) فرنك، على أساس أن الوفاة قد حدثت نتيجة لعم كفاية وتأخر العناية الطبية التي قدمت للأم لمواجهة حالة نزيف الرحم التي تلت الولادة.

قضت محكمة أول درجة ابتداء بإخراج المستشفى من الدعوى لعدم ثبوت أي خطأ أو تقصير من جانبه، وحصرتها في الطبيب المعالج المولد، فاستعانت بعدد من الأطباء الخبراء الاختصاصين لتقديم تقرير عن أسباب الوفاة، فأثبت تقريرهم المودع سنة 1962 عدم إسناد أي خطأ مهني إلى الطبيب المولد من الناحيتين العلمية والفنية، حيث قدر الخبراء أن الوفاة كانت بسبب عدم تجلط الدم، وهي ظاهرة نادرة الوقوع في حالات الولادة العادية وأن نسبة تتراوح ما بين 15 - 20% من المرضى يموتون في هذه الحالة أيا كان العلاج المقدم إليهم.

على الرغم مما جاء في هذا التقرير، أخذت المحكمة رأيا مخالفا بما جاء في هذا التقرير، ونسبت إلى الطبيب المولد بعض الأخطاء التي ارتكبها، وهي أنه ترك غرفة الولادة التي وجدت فيها المريضة عقب بدء النزيف بوقت قصير بعد أن قام بفحص سريع عاجل، في الوقت الذي كانت فيه الأم لا تزال تنزف دما ظهرت أثاره على ما كانت ترتديه من ثياب وعلى العربة التي نقلتها إلى غرفة التوليد هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم يقم بالفحص المخبري للدم في الوقت المناسب، كما لا حظت المحكمة أن الطبيب لم يقم بمحاولة جادة لوقف النزيف في الوقت المناسب، فرأت المحكمة أن التأخر من جانب الطبيب المولد خطأ يضاف إلى أخطائه الأخرى، مع ذلك قضت المحكمة برفض دعوى

---

[1] - Cass. 1ere Civ, 25 mars1971. Cité in : Georges (BOYER CHAMMARD), Paul (MONZEIN), Op.cit., p97.

أنظر كذلك: د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص410 و411.

التعويض بسبب أنه لم يثبت لديها بشكل أكيد قاطع أن وفاة المريضة كانت نتيجة لهذه الأخطاء المرتكبة من طرف الطبيب المولد.

طعن ضد هذا الحكم أمام محكمة استئناف باريس، فقضت في حكمها الصادر في 10 مارس 1966 بأن الأخطاء المتعددة المرتكبة من قبل طبيب التوليد حرمت المريضة المتوفاة من العناية الطبية اليقظة الدقيقة الصحيحة التي يفرضها عقد العلاج المبرم بين الطبيب المدعى عليه.

كما أكدت المحكمة بأن المدعي لم يقدم الدليل على وجود علاقة سببية ثابتة بطريقة قاطعة حاسمة، ومع ذلك رأت المحكمة أن تقصير الطبيب في الوفاء بإلتزماته بالعناية المفروضة عليه قد أضاع على المتوفاة فرصة مهمة وكبيرة كانت ترجوها في الشفاء والبقاء على قيد الحياة، فقضت أن قيمة هذه الفرصة الضائعة تساوي ثلاثين ألف (30.000) فرنك يلزم الطبيب المدعى عليه بدفعه للمدعي زوج المريضة المتوفاة[1].

ثانيا: الأخطاء الطبية السلبية وفوات الفرصة

قد يكون عدم استعانة الطبيب الجراح بطبيب التخدير أثناء التدخل الطبي، أو عدم إجراء الفحص الطبي قبله سببا في تفويت فرصة الشفاء على المريض.

1- عدم الاستعانة بطبيب أخصائي في التخدير وفوات الفرصة

يلتزم الجراح بوضع المريض تحت تأثير التخدير قبل البدء بمباشرة العملية الجراحية، لأن التخدير يسهل التدخل الجراحي الذي يحتاج إلى سكون تام من جهة، وأن المريض لا يشعر بالآلام التي تصاحبها العملية الجراحية من جهة أخرى، لذا كان الاستعانة بطبيب التخدير أثناءها أمر ضروري وعلى درجة كبيرة من الأهمية. ويبقى التزام طبيب التخدير قائما بمتابعة المريض حتى إفاقته وإلى أن يستعيد كافة وظائفه الحيوية[2].

---

1 - C.A de Paris, 10 mars 1966: « En ce qui concerne le lien de causalité entre la faute et le dommage, s’il est vrai que le demandeur n’établit pas son existence de façon Péremptoire, il n’en existe pas moins en la cause des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que le décès de la dame…est la conséquence directe des fautes commises par le docteur…et que les manquements a ses obligations de moyens ont ainsi fait perdre d’importantes chances de guérison… ». Cité par: M. (AKIDA), Op. cit. p 270.

2 - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص ص 304-306. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 78.

قضى القضاء بالتعويض عن تفويت فرصة البقاء على قيد الحياة، في إحدى القضايا أين خدر الطبيب مريضه تخديرا كاملا بالصدمة الكهربائية نتج عن ذلك التوقف الفوري لقلب المريض ووفاته، ويتمثل خطأ الطبيب في عدم استعانته بطبيب التخدير كما تقتضيه الأصول الفنية لمهنة الطب[1].

يستخلص الأمر نفسه من القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 17 جانفي 1970، بمناسبة قضية تتمثل وقائعها في قيام جراح وهو بصدد إجراء عملية تجميل حيث قام بتخدير المريضة بنفسه تخديرا موضعيا (جزئيا) دون الاستعانة بطبيب تخدير، وفي أثناء إجراء العملية وقبل انتهائها انتاب المريضة بعض التشنجات المقترنة بتوقف القلب عن عمله، مما أدى إلى وفاتها المفاجئ.

قررت محكمة استئناف باريس Paris بإدانة هذا الطبيب الجراح من الوجهة المدنية بتاريخ 23 أفريل 1968، مؤسسة حكمها على فكرة فوات الفرصة، حيث من المؤكد بأن عدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في التخدير والإنعاش ينطوي في ذاته على إضاعة فرصة بقاء المريض على قيد الحياة، وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب الجراح بتعويض الضرر الناجم على ذلك رغم عدم ثبوت إمكانية تفادي الوفاة.

رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن بالنقض، وأيدت قرار محكمة استئناف باريس، حيث أظهرت في عبارات لا تدع محلا للشك، رغبتها بتأييد فكرة فوات الفرصة في تقريرها:" يمكن إثارة الضرر بمجرد تضييع فرصة كانت موجودة، فالجراح بعدم ضمان التدخل السريع لطبيب التخدير، حرم المريضة من فرصة البقاء على قيد الحياة، المتوفاة إثر هذا الإهمال، ويلتزم بالتعويض عن هذا الضرر تجاه والدة المريضة..." [2].

---

[1] - C. A de Caen, 9 jan.1966.

نقلا عن د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء القضاء والفقه...، مرجع سابق، ص 507.

[2] - Cass. 1ere Civ, 27 jan.1970,

« Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue. Un chirurgien, en ne s'assurant pas l'intervention immédiate d'un médecin anesthésiste, compromet la chance de survie de l'opérée, décédée a la suite de cette défaillance, et doit réparation de ce chef de préjudice a la mère de la patiente... ». Cité in : M. (AKIDA), Op.cit, p269.

أنظر كذلك: د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص ص406 و407.

أيدت كذلك محكمة النقض الفرنسية في 21 نوفمبر 1978 القرار الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 11 مارس 1977، والتي قضت بمسؤولية الجراح المدنية الذي أجرى عملية جراحية لأحد مرضاه، وقد استعان بطبيب غير أخصائي في مجال التخدير والإنعاش، وما لبث أن باشر الطبيب غير المختص مهمته حتى انتاب المريضة ضيق في التنفس رافقته اضطرابات في القلب، فنقلت إلى مستشفى وهي في غيبوبة حيث ساءت حالتها، فتوفيت بعد بضع أيام، رفعت الدعوى لمقاضاة الطبيب، وقد أكد الخبراء في تقريرهم خطأ الجراح مما استوجب إدانته من قبل محكمة استئناف باريس، الذي جاء في حيثيات حكمها :" نتيجة للتقصير في واجب اليقظة والعناية المنسوب إلى الطبيب الجراح وعدم الاستعانة بطبيب اختصاصي في طب التخدير فقد أدى ذلك إلى حرمان المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة"[1].

2-عدم إجراء الفحص الطبي التمهيدي وفوات الفرصة

يتعين على الطبيب أو الجراح، قبل مباشرة التدخل الطبي العلاجي أوالجراحي إجراء بعض الفحوصات التمهيدية الضرورية للتأكد من الحالة الصحية للمريض، فالقاعدة العامة المستقر عليها أن عدم قيام الطبيب بإجراء الفحوص الطبية التمهيدية المطلوبة يعد إهمالا في جانبه ويكون مسؤولا عن الضرر الذي يطيب المريض[2]، فيلتزم الجراح قبل إجراء العملية الجراحية بإخضاع المريض للفحص الشامل تستدعيه حالة المريض وتقتضيه طبيعة الجراحة المقبلة، ولا يقتصر الفحص على الموضع أو العضو الذي سيكون محلا للعملية، وإنما يشمل الحالة العامة للمريض وما يمكن أن يترتب من نتائج سلبية على التدخل الجراحي[3].

قام طبيب بتدخل جراحي، لاستئصال زائدة دودية لمريض، بدون فحصه مسبقا، وبعد انتهاء العملية ظهرت على المريض أعراض انسداد الأمعاء، فتم نقله إلى مستشفى خاص ثم ما لبث أن فارق الحياة بسبب تسمم في الدم. عرض النزاع أمام محكمة استئناف "أكس"

---

[1] - د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 402.

[2] - د/ أمير فرج يوسف، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية...، مرجع سابق، ص 26.

[3] - د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 279 و280. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 75.

« Aix »، التي قضت بمسؤولية الجراح المدنية، وإلزامه بتعويض أرملة المتوفى عما أصابها من ضرر مرتد.

فقررت المحكمة انه يجب على الجراح القيام بالفحوصات الأولية قبل إجراء العملية التي جرت عادة الأطباء الأخصائيون على القيام بها قبل الإقدام على أي تدخل علاجي أو جراحي، ويشكل هذا الامتناع خطأ ثابتا لا شك فيه، أن هذا الخطأ قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة، وهذا وحده يكفي للحكم بالتعويض[1].

قضت محكمة النقض الفرنسية برفض الطعن المقدم أمامها من الطبيب ضد قرار محكمة "أكس"، بتقريرها بتاريخ 18 مارس 1969:" ومع أنه لم يقم الدليل على أن وفاة المريض كانت نتيجة هذا الخطأ الثابت من جانب الطبيب، إلا أنه على الأقل قد حرم المريض من فرصة البقاء على قيد الحياة وهذا وحده كاف للحكم على الطبيب بالتعويض"[2].

الفرع الثاني

تفويت الفرصة الناتج عن الأخطاء المتصلة بالأخلاقيات الطبية

يعتبر الالتزام بالإعلام من أهم الالتزامات المرتبطة بالواجب الأخلاقي والإنساني للطبيب من جهة، ويعتبر التزاما بتحقيق نتيجة من جهة أخرى، إذ يلتزم الطبيب بإعلام المريض حول حالته الصحية، وتطورها المتوقع ونوع العلاج المقترح، حيث يعتبر هذا الإعلام الذي يجب أن يكون بعبارات واضحة وسهلة الفهم، مقدمة حتى يصدر عن المريض رضا متبصر يعكس قبول التدخل الطبي العلاجي أو العلاجي الجراحي.

يرتبط القرار الطبي الذي سيتخذه المريض بشأن التدخل الطبي بالمعلومات التي يقدمه الطبيب المعالج، وقد يحدث أن يخل الطبيب بالتزامه بإعلام مريضه حول المخاطر الطبية التي يمكن أن تقع، مع غياب أي خطأ في أثناء التدخل الطبي العلاجي أو

---

1 - د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 404 و405.

2 - Cass. 1ere Civ, 18 mars 1969 : « …S’il n’était pas certain que la faute de M…avait été la cause du décès, elle n’en avait pas moins privé K. d’une chance de survie ». Cité in: Georges (BOYER CHAMMARD), Paul (MONZEIN), Op.cit. p 96.

أنظر كذلك د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 404 و405.

الجراحي، ويقبل المريض هذا التدخل. لكن قد يحدث أنه لو تم إعلام المريض بتلك المعلومات المتعلقة بصحته وبنوعية التدخل لرفض ذلك التدخل، فيؤدي إخلال وتقصير الطبيب بهذا الإلتزام إلى تفويت فرصة رفض هذا التدخل الطبي الضار **(أولا)**، وكثيرا ما يؤدي نقص الإعلام من طرف الطبيب المعالج في مجال التوليد إلى تفويت فرصة تجنب ضرر الولادة المعاقة **(ثانيا)**.

يفترض القضاء توافر سببية بين تقصير الطبيب في إعلام المريض بتلك المخاطر - مع غياب أي خطأ فني أثناء تدخله الطبي - وفوات فرصة تجنبها.

أولا: تفويت فرصة رفض التدخل الطبي بسبب نقص الإعلام

يقع على عاتق الطبيب أن يفصح لمريضه بنوع المرض الذي يشكو منه، وطبيعة العلاج المقترح، ومخاطره ومحاسنه وكذا البدائل العلاجية المتاحة، حتى يتمكن من إتخاذ قراره بقبول أو رفض العلاج المقترح، وبثبوت الخطأ الطبي في نقص الإعلام، مع تفاقم الحالة الصحية للمريض بعد التدخل الطبي مقارنة مع حالته الصحية قبل التدخل، فإن الطبيب في هذه الحالة قد حرم المريض من إمكانية الاختيار بين رفض أو قبول التدخل، ويطلق عليها فوات فرصة رفض التدخل الطبي الضار[(1)].

يتمتع المريض بفرصة الاعتراض على التدخل الطبي، بحيث لو أعلمه الطبيب بمخاطر العلاج المقترح قد يرفض التدخل الطبي، فتجنبه هذه الفرصة الضرر المحتمل وقوعه، فتقصير الطبيب في التزامه هذا يؤدي إلى عدم التأكيد الشديد لموقف المريض تجاه التدخل الطبي، وبالتالي يصعب التأكيد على وجه اليقين ماهو القرار الطبي الذي سوف يتخذه المريض لو أخذت إرادته الحرة والمتبصرة بعين الاعتبار[(2)].

تجدر الإشارة إلى أن نقص الإعلام ليس له رابطة سببية مباشرة مع الضرر النهائي اللاحق بالمريض، هذا يعني أن الامتناع عن إعلام المريض باحتمال وقوع خطر من جراء التدخل الطبي المقترح ليس له أي دخل بالضرر اللاحق به جراء تحقق ذلك الخطر، لذا يصعب القول بوجود تعويض كامل عنه. وهذا ما أكدته محكمة النقض

---

[1] - Stéphanie (PORCHY), Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D., n°40 du 12 nov. 1998, rub. Chron, p381.

[2] - Stéphanie (PORCHY), Ibid.

الفرنسية التي ذهبت إلى تأسيس مسؤولية جزئية، فبعدما كان يعتبر نقص الإعلام السبب في كامل الضرر الذي أصاب المريض، بموجب قرار **Teyssier** لسنة 1942، تغير الأمر وأصبح بموجب قرار 07 فيفري 1990 السبب في جزء فقط من الضرر النهائي، وأكد هذا القرار أن:

" الطبيب الذي يخل بالتزامه بإعلام المريض وتبصيره حول الآثار المحتملة للعلاج المقترح منه على المريض، قد حرم هذا الأخير من فرصة اتخاذ قرار أكثر حكمة، لتجنب الخطر الذي تحقق فعلا في النهاية..."[(1)].

يرى الأستاذ " ميشال بينو" Michel PENNEAU أنه: في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر اللاحق بالمريض نتيجة تحقق الخطر الناتج عن التدخل الطبي، لا بد من البحث عن الموقف العقلاني والمنطقي الذي سيتخذه المريض لو تم تزويده بكل المعلومات الضرورية، وذلك بالاستناد إلى المعيار المجرد للمريض العادي، والذي لا يختلف عن معيار الرجل العادي [(2)].

يؤدي تقصير الجراح في إعلام زبونه بمخاطر عملية معينة إلى إصابته بضرر مباشر وأكيد من جراء خضوعه لها، لذا يفوت هذا الإخلال للزبون فرصة رفض التدخل الطبي، وبالتالي تجنب الضرر الذي وقع[(3)].

يقع على القاضي في سبيل استخلاص علاقة السببية بين نقص الإعلام والضرر النهائي، إثبات أن المريض، لو تم إعلامه بصفة كاملة لرفض التدخل الجراحي مثلا، وبالتالي تجنب الضرر[(4)]، ونلاحظ صعوبة في إثبات ذلك، لأن المريض في سبيل الحصول على التعويض جراء الضرر الذي أصابه، مع قيام الطبيب بإعلامه بكافة المخاطر، سينكر ذلك، ويصعب على القاضي اكتشاف الكذب من جانب المريض.

---

[1] - Cass. civ, 7 février 1990: « Le praticien qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé... ».Cité par : Nathalie (ALBERT), op.cit, p 359.

Voir aussi : Jean (PENNEAU), La responsabilité du médecin…, Op.cit, p36.

[2] - Michel (PENNEAU), le défaut d'information en médecine (Analyse de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers , 11 septembre 1998), Dalloz., n°3, 1999, p 50.

[3] - Jean (PENNEAU), La responsabilité du médecin…, Op.cit, p36.

[4] - Stéphanie (PORCHY), Op.cit, p383.

ثانيا: تفويت فرصة تجنب الولادة المعاقة بسبب الإخلال بالالتزام بالإعلام

أخذ القضاء الفرنسي مؤخرا بفكرة التعويض عن تفويت الفرصة عن ولادة طفل معوق بمناسبة قضية "نيكولا بيروش" Nicolas Perruche.

تتلخص وقائع قضية بيروشPerruche، أن السيدة Perruche، انتقل إليها مرض الحصبة الألمانية (La rubéole)، والتي يحتمل كونها حامل، فلجأت إلى الطبيب الذي أكد لها الوضع(الحمل)، وطلب منها إجراء تحاليل مخبرية للبحث عن مضادات المرض « Anticorps rubéoleux »، ونظرا لوجود تناقض في نتيجة التحليلين اللذين أجرتهما، تم إجراء تحليل المراقبة« Analyse de contrôle » من طرف المخبر، ظهرت فيه نتيجة إيجابية ووجود نسبة 1/6 من مضادات المرض، ما يدل على أن السيدة بيروش Perruche محصنة ضد هذا المرض فليس هناك احتمال تحقق خطر إعاقة الجنين، وبالتالي لا داعي لإسقاط الجنين.

أنجبت السيدة بيروش بعد 8 أشهر ولد مصابا بإعاقة جسيمة نتجت عن الحصبة الألمانية الوراثية، انتقلت إليها أثناء فترة الحمل[1].

رفع الزوج بيروش Perruche دعوى ضد الطبيب المعالج والمختبر مطالبين بتعويض الضرر اللاحق بهما، وتعويض ولادة الطفل المعوق.

قضت محكمة الدرجة الأولى في « Every » سنة 1992 بمسؤولية الطبيب والمختبر عن الأخطاء المرتكبة، فاستأنف الطبيب الحكم على أساس أن المختبر هو المسؤول وحده عن النتائج السلبية التي توصل إليها، التي كانت في حقيقتها إيجابية وتنبئ بإصابة الأم بمرض الحصبة الألمانية، فقضت محكمة استئناف باريس سنة 1993 بتأييد حكم محكمة الدرجة الأولى مبدئيا، وتعديله برفض تعويض الولد « Nicolas Perruche» لأن الضرر اللاحق به لا توجد بينه وبين الأخطاء المرتكبة علاقة سببية.

طعن الزوج بيروش Perruche ضد قرار محكمة استئناف باريس، بحجة أن هذه الأخيرة استبعدت رابطة السببية بين الضرر اللاحق بطفليهما وبين الأخطاء المرتكبة، فالخطأ المرتكب من قبل الطبيب والمختبر، جعل الأولياء يعتقدون أن الأم محصنة ضد

1- Servane (CAPRI), Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation), Les Petites Affiches, N° 114, 8 juin 2001, p 12.

مرض الحصبة الألمانية، ولا يوجد أي خطر، وهذا ما يؤكد على وجود علاقة السببية بين الأخطاء المرتكبة وتفويت الفرصة بالنسبة للولد نيكولا بأن يتجنب تحمل الضرر الناتج عن ذلك المرض.

قضت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 17 نوفمبر 2000 بتعويض الطفل " نيكولا" عن الضرر المتمثل في ولادته معوقا إلى جانب التعويض المحكوم به للأبوين جراء الضرر الذي أصابهما والمتمثل في ولادة طفلهما معوقا وذلك بسبب تأكيد أطباء التشخيص والتحاليل على مواصلة المرأة للحمل رغم إصابتها بداء الحصبة الألمانية (La rubéole) .

يرجع سبب الضرر اللاحق بالأولياء نتيجة الولادة المعاقة إلى خلل الطبيب في إعلامهم بالحالة الصحية للجنين، مما ترتب عنه اطمئنانهم بالحالة الصحية للجنين هذا من جهة ومن جهة أخرى أنه لم يلفت الطبيب الأم إلى إحتمالات عدم دقة عمليات تشخيص حالة الجنين، وكذا التحاليل المخبرية للسائل الرحمي، مما دفع الأم إلى عدم ممارسة حقها في الإجهاض بما يسمح به القانون الفرنسي لسنة 1975[1] .

يعتبر نقص الإعلام هو الذي يشكل في حد ذاته خطأ في جانب الطبيب، وأن الأم بإمكانها قطع حملها إراديا لو تم إعلامها بشكل واضح وصريح عن الحالة المستقبلية للجنين الذي سيكون عليها، الأمر الذي كان من شأنه أن يجنب الأهل تحمل الضرر[2].

تجدر الإشارة إلى أنه قبل أن يفصل القضاء العادي في قضية بيروش Perruche، عرضت قضية " كاراز" Quarez أمام القضاء الإداري، التي تتلخص وقائعها ، في أن السيدة "كاراز" كانت حامل وفي عمرها 42 سنة، مدركة أن الحمل في هذا العمر قد يرتب مخاطر على صحتها وصحة الجنين، لذا قامت بإجراء تحليل طبي للسائل الرحمي Amniocentèse في المركز الإستشفائي الجهوي في مدينة " نيس" الفرنسية، وكانت نتيجة هذا التحليل سلبية أي غياب أية إشارة تدل على تواجد عيب وراثي Anomalie génétique، وبعد مرور أربعة أشهر أنجبت السيدة كاراز طفلا منغوليا يدعى "ماتيو" Mathieu، مما دفع بالزوج " كاراز" إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري الفرنسي

1- Virginie (BONNINGUES), Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale et parentale, Diplôme d'études appliqué en droit privé Université de L'ILLE II, Paris, 2000 et 2001, p 58 et 59.

2 - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص206.

للمطالبة بتعويض الضرر اللاحق بهما جراء الخلل في الإعلام، وتعويض الولادة المعوقة للطفل.

إنتهى مجلس الدولة الفرنسي بقراره الصادر بتاريخ 14 فيفري1997إلى التأكيد بوجود خطأ المستشفى المتمثل في نقص الإعلام، الذي ترتب عنه ولادة طفل معوقا، حيث أن هذه الولادة تشكل ضررا لا بد من تعويض الأولياء عنها، وفي المقابل، رفض تعويض الطفل بحجة أن الخطأ الطبي ليس السبب في إصابته بالإعاقة، فنقص الإعلام لم يكن له أي دور في تسبيب الإعاقة للطفل[1].

تشترك قضية بيروش المعروضة على القضاء العادي وقضية كاراز التي فصل فيها القضاء الإداري في الوقائع وثبوت الخطأ الطبي في نقص الإعلام، حيث اتفق القضائين العادي والإداري على تعويض نوع معين من الضرر المعنوي للأولياء، الذي يكون مرتبطا بالخطأ الطبي في الإعلام، وهو حرمان الأم من ممارسة حقها في إسقاط الجنين أي فوات فرصة تجنب ضرر الإعاقة، فلو تم إعلامها إعلاما كافيا بالخطر لصرحت مسبقا عن القرار الطبي الذي ستتخذه والمتمثل في قطع الحمل إراديا، الأمر الذي كان من شأنه تجنيب الأهل الضرر.

اختلف كلا القضائين في تعويض الولد المعاق، فبينما استبعد مجلس الدولة الفرنسي فكرة التعويض عن الولادة المعاقة المرفوعة من قبل الولد المعاق، وأكد أن الإعاقة التي يجد الطفل نفسه مجبرا على تحملها طوال حياته سببها الوحيد هو المرض في حد ذاته، وأن الخطأ الطبي في الإخلال بالالتزام بالإعلام لا علاقة له بالإعاقة، لكن القضاء العادي الفرنسي قرر عكس ذلك، اعتبر عدم إعلام الأهل عن المخاطر التي قد يعاني منها الطفل، كافية لطلب التعويض عن إعاقته، كما قرر أن دعوى الطفل مستقلة عن دعوى الأولياء للمطالبة بالتعويض[2].

---

[1]- Servane (CAPRI), op.cit, p 12.

[2] - د/ علي عصام غصن، مرجع سابق، ص 208 و209.

نلاحظ أن مسلك القضاء في التعويض عن تفويت الفرصة يعتبر مظهرا من مظاهر التشدد المتزايد والمستمر في المسؤولية الطبية، انطلاقا من الرغبة في تحقيق سلامة المرضى وحمايتهم.

لكن هناك من يرى أن هذا التوجه القضائي ليس بحل منطقي، لأنه يستغل الصفة المبهمة والشك الذي يطغى على علاقة السببية، للتلاعب بها حتى يخرج بأي حل كان، دون أن يكترث لنتائجه[1]، وهذا أيضا ما يدفع بالأطباء في كل حالة يوجد فيها شك بسيط حول الحالة الصحية للجنين، إلى نصح الأم ودفعها على الإجهاض، تهربا من دعوى التعويض التي قد يرفعها الطفل المصاب بإعاقة.

---

[1]- Michelle (GOBERT), la cour de cassation méritait-elle le pilori ? **(**A propos de l’arrêt de l’assemblée plénière du 17 novembre 2000**)**, Les petites affiches, n°245,8 décembre 2000, p4 et 5.

المبحث الثاني

تحديد مسؤولية الطبيب

تعتبر المسؤولية المدنية[1] الجزاء الذي يفرضه القانون إذا ما خالف المرء التزاما عقديا أو قانونيا يفرض عليه الامتناع عن الإضرار بالغير عمدا أو خطأ، وبالتالي فهي إما عقدية أوتقصيرية.

تتمثل الأولى في الإخلال بالالتزام التعاقدي الذي يكون سببا في مساءلة من صدر عنه الإخلال، مسؤولية مبنية على العقد ومستندة إليه[2]، في حين تكمن الثانية في الإخلال بالواجب القانوني العام والذي مقتضاه أن لا يضر الإنسان غيره بخطأ أو تقصير منه[3].

وكثيرا ما يخطئ الطبيب وينجم عن خطئه ضرر بالمريض، فيسأل عن تعويض ما أحدثه من ضرر[4]، وفي سبيل تحديد طبيعة المسؤولية التي يتحملها، فقد استقر القضاء الفرنسي على أن مسؤولية الطبيب مسؤولية تقصيرية إلى غاية 1936 **(مطلب أول)**.

---

[1] - تختلف المسؤولية المدنية عن المسؤولية الجزائية من حيث الجزاء، يتمثل في الأولى في التعويض أي جبر الضرر اللاحق بالمضرور، فيرفع الشخص المضرور الدعوى للمطالبة بالتعويض، في حين يتمثل الجزاء في المسؤولية الجزائية في عقوبة توقع على الجاني، فتتولى النيابة العامة ممثلة المجتمع تحريك الدعوى العمومية.

أنظر د/ علي فيلالي، مرجع سابق، ص ص 7-9 .

[2] - لا تتحقق المسؤولية العقدية إلا إذا توفرت شروطها، فلا بد من وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، وأن يحصل إخلال بالالتزامات الناشئة مباشرة عن هذا العقد، وأن يترتب عن الإخلال السابق ضرر للدائن، ووجود علاقة سببية مباشرة بين الإخلال بإحدى الالتزامات وبين الضرر.

[3] - لقيام المسؤولية التقصيرية لا بد من وجود خطأ يقع من المسؤول، يتمثل في انحرافه عن السلوك المألوف للرجل العادي، وأن يترتب ضرر يصيب الغير، وعلاقة سببية مباشرة وأكيدة بين الخطأ والضرر.

[4] - يجوز للطبيب أن يتخلص من مسؤوليته إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، كالحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة، أو خطأ صادر من المضرور – المريض- أو خطأ الغير، وهذا وفقا لمحتوى نص المادة 127 ق م ج التي تنص عما يلي:

" إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك."

كما أنه يجوز للطبيب في حالة ما إذا كان مكلفا بالرقابة أن يتخلص من المسؤولية، أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو يثبت أن الضرر كان لا بد من حدوثه، ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية، وهذا طبقا لنص المادة 134 من (ق م ج).

لكن سرعان ما تراجع عن ذلك وأقر الطبيعة العقدية لمسؤولية الطبيب كمبدأ عام**(مطلب ثان).**

المطلب الأول

المسؤولية التقصيرية للطبيب

تترتب المسؤولية التقصيرية على كل إخلال بواجب قانوني لا يمت إلى العقد بصلة مباشرة، ويكون مصدر الالتزام فيها هو القانون، حيث يتحتم على الأفراد أن يسلكوا سلوكا يبتعدون فيه عن سبل الرعونة وعدم الاحتراز والاستهتار والإهمال[1]، فإذا ما سلك أحد الأشخاص سلوكا نتج عنه إلحاق ضرر بالغير فإن ذلك الشخص يكون ملزما بالتعويض، لان الواجب القانوني يقضي بعدم الإضرار بالغير.

ظهر في فرنسا في بداية القرن التاسع عشر مدافعون عن الأطباء، يرون عدم جواز مساءلة الأطباء عن الخطأ الطبي، يستندون إلى أن التطور الطبي واطمئنان الأطباء لا يتحقق إلا بإخراجهم من نطاق المسؤولية المدنية عن أخطائهم المهنية، فمساءلتهم تعرقل البحث العلمي، وتؤدي بهم إلى الإحجام والتخوف في البحث عن أفضل سبل العلاج والشفاء.

رفض القضاء الفرنسي هذه النظرية ولم يعر لها اهتماما لتطرفها، حيث عرض على محكمة النقض الفرنسية عام 1833 موضوع مسؤولية الأطباء، حيث قررت المحكمة هذه المسؤولية واعتبرت المادتين 1382 و1383 لها تطبيق عام وشامل، وبذلك اعتبرت مسؤولية الأطباء مسؤولية تقصيرية، ولقد أيد الفقه الفرنسي إتجاه محكمة النقض الفرنسية**(فرع أول)**، لكن سرعان ما تخلى القضاء والفقه عن هذه الفكرة، وأصبحت تطبق فقط في حالات استثنائية **(فرع ثان).**

---

[1] - المادة 125 من ق.م.ج تنص على أنه:

" لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو بإمتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا ".

الفرع الأول

إستقرار القضاء والفقه على المسؤولية التقصيرية للطبيب

قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الطبيب يسأل عن أخطائه شأنه في ذلك شان أي شخص عادي يرتكب خطأ يحدث به ضرر للغير، وأن هذه المسؤولية تجد أساسها في قواعد المسؤولية التقصيرية المنصوص عليها في القانون المدني الفرنسي، وفقا للمادتين 1382 و1383، وهذه القواعد واجبة التطبيق على كل ضرر ناتج عن الرعونة أو الإهمال أو عدم التبصر، وهذا في جميع المجالات بما فيها المجال الطبي. وإستمر القضاء الفرنسي بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الطبيب إلى غاية 1936، أين غيرت محكمة النقض الفرنسية من رأيها بشأن الطبيعة القانونية للمسؤولية الطبية **(أولا)**، وكان الفقه الفرنسي مؤيدا لهذا الاتجاه، مستندا في ذلك إلى مجموعة من الحجج **(ثانيا)**.

أولا: استقرار القضاء على الطبيعة التقصيرية إلى غاية 1936

ظهر تيار قوي في فرنسا في بداية القرن التاسع عشر، ينادي ويدافع عن عدم مساءلة الأطباء عن نشاطاتهم الطبية، بحجة أن العلاقة بين الطبيب ومريضه هي علاقة إنسانية وليست رابطة قانونية حتى تقام مسؤولية الطبيب إذا أخطأ في العلاج[1]، إضافة إلى ذلك يجب أن يكون الأطباء بمنأى عن القانون وذلك حماية لمصلحة التطور العلمي، إذ يعتبر خضوع الطبيب لسيف المسؤولية المسلط عليه يجعله مع مرور الزمن عاجزا عن المبادرة وعن تطوير أساليب العلاج والبحث العلمي، وهذا ليس في مصلحة المرضى[2].

بدأت محكمة النقض الفرنسية تتعرض لمسؤولية الأطباء منذ بداية عام 1835 وتقرر إرساء مبادئ هذه المسؤولية، والدليل على ذلك عندما تعرضت لأول مرة للمسؤولية الطبية سنة 1835، حيث أخذت محكمة النقض الفرنسية بتقرير المحامي العام لديها Dupin وذلك بتأسيس هذه المسؤولية وإسنادها للقواعد العامة في المسؤولية

---

[1] - زينب أحلوش بولحبال، رضا المريض في التصرفات الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2000-2001، ص 115.

[2] -أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 79.

التقصيرية[1]، إذ أسس هذه المتابعة على أحكام المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي التي تقابلهما نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري، وهاتين المادتين تنطبقان على أي شخص سبب بخطئه ضررا للغير أيا كان مركزه أو مهنته ولا يوجد أي استثناء لمصلحة الأطباء.

إذا أصيب المريض بضرر ما أثناء العلاج أو بسبب خطأ في التشخيص، فعليه أن يثبت خطأ الطبيب وعلاقة السببية بين هذا الخطأ وبين ما أصابه من ضرر. وقد استعملت محكمة النقض الفرنسية تعبيرات الإهمال وعدم الاحتراز أو عدم الاحتياط والرعونة في إسنادها المسؤولية للطبيب المعالج[2].

تأكد هذا الاتجاه في حكم محكمة " ديجون" Dijon لسنة 1868، التي أضافت أن أخطاء الطبيب التي تخرج عن نطاق المسائل المهنية البحتة، التي هي بطبيعتها مجال للخلاف والشك، تكون موضوعا لمسؤولية الطبيب فيما تحدثه من أضرار تترتب عن الرعونة وعدم الاحتياط، أو الجهل الفاضح[3].

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في عام 1932، أن عدم قيام الأطباء بالعناية التي يستلزمها المريض قبل استفاقته من العملية الجراحية يجعلهم يرتكبون خطأ مهنيا بشكل يرتب مسؤوليتهم على أساس المادة 1382 ق.م.ف[4].

استند القضاء الفرنسي لتحديد العلاقة بين الطبيب والمريض إلى جملة من الأسانيد أهمها أن التزامات الطبيب لا تنشأ من اتفاقه مع المريض، فهي من جهة مجهولة له، لذا فلا يمكن الافتراض بأنها دخلت في دائرة الاتفاق لا صراحة ولا ضمنا، و أنها من جهة

---

[1] - قضت محكمة النقض الفرنسية، استنادا إلى المفهوم الذي عرضه المحامي العام Dupin، بأن مسؤولية الطبيب عن فقد أحد مرضاه لذراعه نتيجة إهمال الطبيب في العناية والرعاية لمريضه وتركه بدون زيارة خطأ يقع تحت طائلة المادتين 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، وهو خطأ خضع لتقدير قاضي الموضوع، وقد اعتبر هذا الحكم فتحا جديدا في حقل المسؤولية الطبية ، نظرا لما كان سائدا في ظل القانون الفرنسي من عدم مسؤولية الأطباء عن أخطائهم المهنية المترتبة على مزاولة مهنهم.

أنظر د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 80.

[2] - د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 81.

[3] - زينب أحلوش بولحبال، مرجع سابق، ص 117.

[4] - قرار محكمة النقض الفرنسية، الصادر في 11 جانفي 1932. مشار إليه لدى د/ عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 92.

أخرى لا تخضع لإرادة أي من الطرفين، فلا سبيل لإنشائها أو تقييدها لأنها تتعلق بالنظام العام، تفرضها قواعد المهنة وحدها فهي أقرب إلى الالتزامات القانونية منها إلى الالتزامات التعاقدية، لهذا كان يترتب على الإخلال بها مسؤولية تقصيرية، وحتى لو اتفق المريض مع الطبيب على أجر العلاج فإن هذا الاتفاق ينشئ التزاما عقديا على عاتق المريض وحده وهو دفع الأجر ولا اثر فيما يجب على الطبيب القيام به نحو المريض[1] .

يرى الدكتور **رمضان جمال كامل**، أن الغريب في اتجاه المحاكم الفرنسية وهي تقرر مسؤولية الطبيب تجاه مريضه، في ذلك الوقت على أساس المسؤولية التقصيرية لم تتكر وجود عقد قائم بينهما، بدليل أن بعض الأحكام كانت تستخلص وجود رابطة عقدية صريحة في بعض الحالات وتقيم مسؤولية الطبيب على هذا الأساس، مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في عام، 1932 من أن الرابطة القانونية بين الطبيب والمريض تدخل في إطار العقد، حيث يتعهد الطبيب بأن يقدم لمريضه العناية الواجبة المتبصرة والحريصة، ويتعهد المريض أن يدفع للطبيب أتعابه، وأن الطبيب حين يتكب خطأ بإهمال أو رعونة في فترة تنفيذ العقد فإن هذا الخطأ هو خطأ عمدي يتضمن الإخلال بالالتزام المتفق عليه[2].

ثانيا: تأكيد الفقه الفرنسي لمبدأ المسؤولية التقصيرية للطبيب

استند أنصار الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية إلى مجموعة من الحجج لإبعاد الطبيعة العقدية عنها، فمنهم من برر موقفه على أن حياة الإنسان ليست محلا للتعامل والتعاقد، ومنهم من ذهب إلى أن المهنة الطبية ذات طبيعة فنية ينفرد بها الطبيب ويجهلها المريض فليس من العدل أن تكون مجالا للتعاقد، والجانب الأخر من الفقه يتمسك بأن قواعد المسؤولية متعلقة بالنظام العام الذي يوجب خضوع المخالف له إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وآخرون ينفون الطبيعة العقدية للمسؤولية في حالة فقدان المريض للوعي، أو شخص عاجز لا يعرفه الطبيب ولا يمكن الإتصال بممثله القانوني تجعل من المستحيل التكلم عن التعاقد بين الطرفين، وأخيرا يرى جانب أخر أنه إذا كان إخلال

---

[1]- د/ منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين...، مرجع سابق، ص57.

[2]- نقض مدني فرنسي 8 فيفري1932، نقلا عن د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 68.

الطبيب بالتزامه يشكل جريمة فهذا يقضي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية بغض النظر عن وجود عقد طبي.

1- عدم جواز التعامل بحياة الإنسان

يكفل القانون الحماية لحياة الإنسان وجسده باعتباره غاية التنظيم القانوني، فجسم الإنسان معصوم من أي اعتداء من الغير، والحماية تمتد فتشمل كيانه المادي أي جسد الإنسان، وكيانه المعنوي، فقد أخرج القانون الإنسان من دائرة التعامل، فلم يعتبره مالا ولم يعامله معاملة الأشياء، لذل يحظر كل اتفاق أو عقد يكون محله المساس بجسد الإنسان[(1)].

انتقدت هذه الحجة على أنها أخلطت بين حياة الإنسان التي هي بطبيعة الحال ليست محل للتعامل وبين مدى التزام الطبيب، حيث أن هذا الأخير يلتزم ببذل عناية من أجل الشفاء مسترشدا بمبادئ العلم وأصول الفن الطبي، والطبيب لا يسأل عن وفاة المريض لأنه لا يلتزم بضمان حياته، فالأعمار بيد الله سبحانه وتعالى، فالطبيب لا يلتزم بتحقيق نتيجة[(2)].

2- الطابع الفني والتقني للمهنة الطبية

ينفرد الطبيب بمعرفة أصول الطب ويتميز بمستوى ثقافي عالي، فهو رجل متخصص في مجال الطب، ويطغى على مهنته الطابع الفني والتقني، ومن ثم فليس من العدل أن تكون هذه المهنة مجال للتعاقد لأنها معروفة فقط من جانب واحد أي من قبل الأطباء، فالعلم بالأمور الطبية تكون فقط للطبيب، والمريض الذي يعتبر من عامة الناس يجهل هذه الأمور، ولا يعلم عنها إلا القليل جدا. ومن هذا السياق فلا يمكن القول أن علاقة المريض بالطبيب هي علاقة تعاقدية مادام مركز الأول لا يتكافأ مع المركز القانوني والثقافي للطبيب[(3)].

---

[1]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص362 .

[2]- د/ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص234.

[3]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري،..، مرجع سابق، ص 364. أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص232.

3- اعتبارات النظام العام

يتعلق أمر العلاج بالمساس بحياة الأشخاص وسلامة أجسادهم ومصالح المجتمع وأن أي اعتداء على ذلك يعد مساسا بالنظام العام- إلا إذا أذن ورخص القانون ذاته تلك الأعمال وفق الشروط والقواعد التي يحددها، فيجعل أعمالهم مباحة -[1]، وبالتالي تجرنا هذه الاعتبارات إلى إخضاع المخالف له إلى قواعد المسؤولية التقصيرية، وليس العقدية، إذ أن العقد لا يبرر بما هو من النظام العام ولا يبيح عملا لم يجيزه القانون ولم يأذن به[2].

تعتبر قواعد المسؤولية أكثر حماية للمريض المتضرر من المسؤولية العقدبة، خاصة عندما يرتكب الطبيب المعالج غشا أو تدليسا عمديا، فالمسؤولية التقصيرية تسمح للمضرور الحصول على تعويضه كاملا في مثل هذه الحالات دون أن تكون هناك قيود كتلك المتفق عليها مسبقا في العقد.

تستمد طبيعة العمل الطبي أصولها من القواعد القانونية التي تحتم على الطبيب التزاما هو القيام بالعلاج ومراعاة الحيطة والحذر في أدائه، وأن الإخلال بذلك يعتبر إخلال بإلتزام قانوني مهني وليس إلتزاما عقديا، يستوجب المسؤولية التقصيرية[3]، ضف إلى ذلك أن القاضي عند مساءلة الطبيب لا يفسر النية المشتركة بين الطرفين، إنما يؤسسها على مدى تنفيذ الالتزامات الطبية التي تفرضها قواعد المهنة وعلاقتها بالضمير والعلم الطبي، وهي التزامات لا يمكن أن تدرج ضمن العقد المبرم بين الطبيب والمريض، ولذلك يجب إقامة المسؤولية التقصيرية [4].

4- فقدان الوعي وغياب الممثل القانوني للمريض

لا يمكن الكلام على العلاقة العقدية بين الطبيب والمريض في حالة ما إذا كان هذا الأخير في حالة غيبوبة، أو مصابا في طريق عام على إثر حادث خطير، أو شخص عاجز لا يعرفه الطبيب أو لا يمكنه الاتصال بمن ينوب عنه قانونا، فالمريض غير قادر عن التعبير عن إرادته بالقبول أو بالرفض، ففي مثل هذه الحالات يتدخل الطبيب بدون

---

[1]- د/ مروك نصر الدين، مرجع سابق، ص 260.

[2]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 263.

[3]- د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 187.

[4]- د/ أحمد محمود سعد، مرجع سابق، ص235.

وجود أي اتفاق سابق بينه وبين المريض، وبالتالي لا يمكن التحدث عن المسؤولية العقدية، لأن الطبيب في حالة واجب قانوني وأن الخروج عليه يرتب المسؤولية التقصيرية [1].

5- الإخلال بالتزام يشكل جريمة

قد يؤدي خطأ الطبيب أو الجراح إلى وفاة المريض أو المساس بسلامته الجسدية، وفي كلتا الحالتين يعتبر الأمر جريمة، وهو ما يقتضي تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية في شأن التعويض المدني، وحتى وإن وجد عقد بين الطبيب المعالج ومريضه، فإن الجانب الجنائي هو جانب مستقل عن الإخلال بالالتزام العقدي [2].

إن جميع الحلول والآراء المسندة إلى نظام المسؤولية التقصيرية لم تكن سليمة في نتائجها إذ تبدو في بعض الأحيان جائرة بحق المتضررين، وذلك بسبب عجز المريض عن إثبات خطأ الطبيب وجهله بما تقتضيه أصول الفن والعلم، ولهذا حاول رجال القانون التخفيف من شدة تلك الحلول بالانتقال بالمسؤولية الطبية إلى نطاق العقد، لأن الرابطة التي تقوم بين الطبيب والمريض إنما تبنى في واقع الحال على الإرادة المشتركة التي تفضي إلى عقد خاص يلتزم فيه الطبيب ببذل العناية لعلاج ومحاولة شفاء المريض مقابل أتعاب[3].

هذا التحول كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي بقرار شهير صدر في 20 ماي 1936، عن محكمة النقض الفرنسية، بناء على تقرير المستشار "**جوسران**" ومطالعة النائب العام "**ماتر**" الذي ختم مطالعته بالكلمة التالية: " **... فالأحوال تتغير وصعوبات جديدة تعترض، وإنه لما يشرفنا نحن رجال القضاء أن نذللها بالعمل والتفكير، وإذا كان البعض يذهبون إلى تركيز المسؤولية على أساس العقد والخطأ معا، فإن الإجماع يكاد ينعقد على طبيعتها التعاقدية، ماعدا حالات خاصة أهمها الحالات المنطوية على جريمة جزائية، والحالات الخارجة عن دائرة التعاقد، أو الناشئة عن بطلان العقد لسبب غير**

---

1 -Jean (PENNEAU) , La responsabilité du médecin…, Op.cit, p 36.

أنظر كذلك: د/ سعد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 231. وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 19.

2- د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق 82.

3- د/ عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 94 و95.

مشروع، والحالات المنبعثة من إعطاء الإفادات والتقارير الكاذبة، ونشر الآراء العلمية المنطوية على أخطاء في تعيين الجرعة الجائز استعمالها في بعض العلاجات وخاصة تلك التي تحتوي على بعض المواد السامة والضارة" [1].

الفرع الثاني

قيام المسؤولية الطبية التقصيرية

تم التخلي عن الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الطبية كمبدأ عام، رغم ذلك فلا تزال مسؤولية الطبيب التقصيرية تقوم في حالات إستثنائية، تضمنتها مطالعة النائب العام "ماتر" Mater في قرار مرسي 1936، لا تقوم فيها رابطة عقدية بين المريض والطبيب.

تعتبر مسؤولية الطبيب تقصيرية، كلما تخلفت الرابطة العقدية بينه وبين المريض، وفي هذه الحالات يتحمل الطبيب هذه المسؤولية تجاه المريض الذي يعالجه **(أولا)**، ويجب التأكيد على أن مسؤولية الطبيب قبل الغير لا يمكن أن تكون إلا تقصيرية **(ثانيا)**، ولا بد من البحث عن موقف المشرع الجزائري من ذلك **(ثالثا)**.

أولا: المسؤولية التقصيرية للطبيب في مواجهة المريض

تكون مسؤولية الطبيب أو الجراح تقصيرية[2] في حالة عدم وجود عقد طبي بينه وبين المريض الذي يعالجه، وينطبق نفس الحكم على الحالة التي يكون فيها عقد سابق يربطه بالمريض لكنه لسبب أو لأخر يعتبر في نظر القانون عقدا باطلا، وتعتبر أيضا مسؤولية الطبيب تقصيرية في حالة امتناع الطبيب عن علاج مريض دون مبرر مشروع أو أن إخلاله بالتزامه يشكل جريمة معاقب عليها.

---

[1]- د/ عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 96.

[2]- تقوم المسؤولية التقصيرية للطبيب عند صدور خطأ تقصيري منه يؤدي إلى إصابة المريض بضرر نتيجة هذا الخطأ. إذ يعرف الخطأ التقصيري وفقا للقواعد العامة بأنه الإخلال بالتزام مصدره القانون، ويقوم على عنصرين هما كما يلي:

- التعدي: يعتبر الشخص متجاوزا أو متعديا وفقا لمعيارين، أحدهما شخصي، وذلك على أساس النظر للفعل من خلال شخص الفاعل، ومعيار موضوعي على أساس النظر إلى الإنحراف دون الإهتمام بالأمور والظروف الشخصية للفاعل.
- الإدراك والتمييز (العنصر المعنوي)، فلا يمكن أن ينحرف الشخص عن سلوكه بل يلزم الإدراك والتمييز من قبل الشخص المعتدي.

1- غياب العقد الطبي

في حالة غياب عقد بين الطبيب والمريض فمسؤولية الطبيب لا تكون إلا تقصيرية وتوجد حالات عديدة يمارس فيها الطبيب عمله الطبي دون الاستناد إلى عقد أو اتفاق بينه والمريض الذي سيقدم على علاجه.

أ- حالة الطبيب الذي يتدخل من تلقاء نفسه

تتمثل هذه الحالة في تدخل الطبيب في علاج مريض بدون دعوة من هذا الأخير، أي لا يستند إلى عقد مبرم بينهما، كما لو قام الطبيب بإسعاف مريض لا يستطيع التعبير عن إرادته، كونه عاجز أو فاقد للوعي مثلا[1]، أو كما لو قام طبيب بعلاج شخص مجهول الهوية أو قاصر لم يكن الاتصال بممثله القانوني ممكنا، حيث لا ينعقد العقد بين الطرفين لانعدام الإرادة[2]، فعندما يتدخل الطبيب لإنقاذ جريح على الطريق أو غريق فقد الوعي، فتدخل الطبيب هنا لا يتم بناء على عقد بل هو أقرب إلى الفضالة منه إلى العقد[3]، ولا يغير من الوصف المتقدم أن الطبيب قد تدخل بناء على دعوة من الجمهور، لأن الجمهور لا ينوب على المريض قانونا[4].

فعند غياب أي عقد بين الطبيب والمريض فإن مسؤولية الطبيب لا يمكن أن تكون تعاقدية، ففي الحالات التي ينجم عن فعل الطبيب ضرر لم يبرره أي عقد كان، سواء صريحا أو ضمنيا كمصدر للتدخل العلاجي أو العلاجي الجراحي، فإن مسؤولية الطبيب تكون تقصيرية. فمثلا لا يوجد عقد طبي بين طبيب التخدير الذي يقوم بتخدير المريض أو إنعاشه Réanimation دون أن يسبق له الالتقاء به[5]، فلا تلتقي إرادتيهما.

---

[1]- د/ محمد هشام قاسم، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية،.. مرجع سابق، ص82. د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 24.

[2]- د/ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي ...، مرجع سابق، ص 140.

[3] -Gilles (PETITPIERRE) , LA Responsabilité de droit privé du médecin : Aperçu du droit suisse, in revue international de droit comparé, V28 , N^{O}3, Juillet et Septembre 1976, p568.

أنظر كذلك: د/ سعد أحمد محمود، مرجع سابق، ص 231. وائل تيسير محمد عساف، مرجع سابق، ص 19.

[4]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص78. د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 202.

Voir aussi : Jean (PENNEAU), La responsabilité du médecin…, Op.cit.,p 13.

[5]- د/ محمد بودالي ، مرجع سابق، ص 21.

ب - حالة الطبيب الذي يعمل في مستشفى عام

لا يوجد عقد طبي بين أطباء المرفق العام والمرضى الذين يعالجون فيه. فالطبيب الذي يعمل موظفا في مستشفى عام، يعتبر في مركز تنظيمي أو لائحي ويخضع تبعا لذلك للقوانين واللوائح الخاصة بالموظفين في الدولة، وبالتالي لا يمكن مساءلة الطبيب إلا على أساس المسؤولية التقصيرية[1].

قررت محكمة النقض المصرية بأنه "لا يمكن القول في هذه الحالة بأن المريض قد إختار الطبيب لعلاجه حتى ينعقد عقد بينهما"[2].

ج - حالة تقديم الطبيب لخدماته مجانا

ذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي إلى نفي الطبيعة العقدية على الخدمات المجانية، على اعتبار أن العقد يقتضي من طرفيه الالتزام به، فالواعد بالخدمة المجانية لم يقصد ترتيب إلتزام في ذمته والموعود له يعلم بهذه النية، وهذه الالتزامات مصدرها اللباقة لا تلقي على المدين سوى واجبات أدبية وبالتالي فلا يترتب عليها سوى مسؤولية تقصيرية إذا ما وقع بمناسبتها خطأ [3].

وفي هذا الصدد يرى "هنري" HENRI و" ليون مازو" MAZEAUD أن من يبذل عناية بالمجان لا يقصد أن يتعهد بأي التزام، حاله في ذلك حال الناقل بغير أجر، ومن ثم تكون مسؤوليته تقصيرية[4].

2- بطلان العقد الطبي

يعتبر العقد الطبي باطلا في حالة غياب رضا المريض بالعمل الطبي، أوحالة التدخل الطبي الجراحي دون وجود مصلحة علاجية[5]، وهو تدخل طبي لا تترتب عليه منفعة تطبيقية أوعلاجية للمريض، الأمر الذي يبطل العقد لعدم مشروعية المحل كما في حالة

---

[1]- د/ طلال عجاج ،مرجع سابق، ص75.

[2]- قرار محكمة النقض المصرية بتاريخ 3جويلية 1969، مشار إليه لدى: د/ طلال عجاج ،مرجع سابق، ص75.

[3]- د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص23 .

[4]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص77.

[5]- د/ محمد بودالي، مرجع سابق، ص20.

تعقيم المجاملة، حيث يقوم الطبيب متطوعا بربط مختلف القنوات التناسلية عند الرجل[1] أو حالة القتل بدافع الرحمة أو الشفقة[2]، فتدخل الطبيب لوضع حد لحياة ميئوس من شفائه ولو برضاه يولد للمضرور حق المطالبة بالتعويض طالما عمل الطبيب مجرم فيه مساس بسلامة جسم المريض[3].

3- امتناع الطبيب على العلاج أو إنقاذ المريض بدون مبرر

يتمتع الطبيب وفقا للاتجاه السائد لدى الفقه الفرنسي بكامل الحرية في ممارسة مهنته بالطريقة التي يراها مناسبة، فله كذلك قبول أو رفض العلاج ولا يلتزم لطلب المريض لأنه لو أعتبر ملزما بذلك لأصبح في حالة عبودية لا تطاق، لكن ظهور الاتجاهات الحديثة التي تقلص من مبدأ سلطان الإرادة على العقود والوظيفة الاجتماعية للحقوق ، قيدت حرية الطبيب في مزاولة مهنته التي يجب أن تستعمل في حدود هذا الغرض الاجتماعي وإلا كان متعسفا في استعمال حقه، لأن هناك واجب إنساني يفرض على الطبيب تجاه مرضاه والمجتمع تفرضه أصول ومقتضيات مهنته[4].

تثور مسؤولية الطبيب التقصيرية في الحالة التي يمتنع فيها عن علاج مريض[5] أو إنقاذه بلا عذر مشروع، فمسلك الطبيب في هذه الحالة مخالف للسلوك المألوف للطبيب اليقظ إذا وجد في نفس الظروف، فالطبيب إذا كان حرا في مزاولة مهنته وله الحق في ممارستها بالكيفية التي يريدها، إلا أن ذلك الحق مقيد بما تفرضه عليه مهنته من واجبات، وإلا إعتبر الطبيب متعسفا في استعمال حقه، وفي هذا الصدد نصت المادة 9 من م.أ.ط عما يلي:

---

[1]- د/ عدنان إبراهيم سرحان، مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي...، مرجع سابق، 142.

[2]- M. (LE GEUT-DEVELAY), La responsabilité médicale, 15 septembre 1998, Rennes cedex, France, p2. Voir : file:// C\.ITEMS INTERNAT MARJORIE/ Analyse d'article épidémiologie/ Module.

[3]- حميدة حنين جمعة، مسؤولية الطبيب والصيدلي داخل المستشفيات العمومية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 2001، ص 36.

[4]- د/ زاهية سي يوسف حورية، مرجع سابق، ص 16.

[5]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص203.

"يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا وأن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له". مع أنه يجوز للطبيب أن يمتنع عن علاج المريض في حالات معينة، كما إذا رفض إجراء عملية جراحية للمريض لأنه يعلم مسبقا أن من شأنه أن تسبب مضاعفات مضرة، لكن يجب أن يعلل سبب الامتناع، أو حالة ما إذا استعان المريض بطبيب أخر خفية عن الطبيب المعالج مما يمس بكرامة هذا الأخير، أو حالة إهمال المريض لتعليمات الطبيب أو تعمد عدم إتباعها، كذلك يمكن للطبيب رفض العلاج إذا امتنع المريض عن دفع أجرة الطبيب في مواعيدها بشرط أن لا يكون الامتناع عن العلاج في وقت غير مناسب[1].

4- الدعوى المدنية بالتبعية

تتمثل في حالة مخالفة الطبيب لالتزامه، بحيث تأخذ مخالفته طابعا جنائيا، فيرى البعض أن للمضرور أن يلجأ إلى قواعد المسؤولية التقصيرية رغم وجود عقد بينه وبين محدث الضرر، حيث يصبح من حق المضرور أن يختار بين البقاء في نطاق المسؤولية العقدية، أو أن يسلك طريق المسؤولية التقصيرية[2].

يرى البعض الأخر أنه عندما تأخذ مخالفة الطبيب لالتزامه ببذل العناية طابعا جنائيا، أي يأتي بفعل معين جرمه القانون، فإن سبب المسؤولية الطبية هو الفعل المكون للجريمة، والقضاء الجنائي هو المختص بالدعوى المدنية[3].

ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أنه إذا كان الأصل في المسؤولية الطبية أن تكون عقدية، فإن الأمر يختلف عندما تتوافر فيما يرتكبه الطبيب من مخالفة لالتزاماته صفة عدم الاحتياط أو الإهمال الذي يشكل المخالفة المنصوص عليها في المادة 319 من قانون العقوبات الفرنسي، ففي هذه الحالة يطبق هذا القانون[4]، ومن الأمثلة التي طبقها القضاء الفرنسي ما تسبب به الجراح الذي نسي أداة من أدوات الجراحة بعد إجراء عملية

---

[1]- د/ زاهية حورية سي يوسف، مرجع سابق، ص 16و 17.

[2]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص80.

[3]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص201.

[4]- د/ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص142.

للمريض الأمر الذي أدى إلى وفاته، ففي مثل هذه الحالة يكون الطبيب مسؤولا جزائيا عن القتل الخطأ، وبطبيعة الحال يتحمل المسؤولية المدنية التبعية[1].

يفهم مما سبق أن الدعوى المدنية لا تقبل أمام القضاء الجزائي، إلا إذا كان الضرر ناتجا عن مخالفة جزائية مباشرة، ولذلك يعد من الضروري لقبولها أن يتنازل المريض عن دعواه على أساس المسؤولية العقدية ليقيمها على أساس المسؤولية التقصيرية.

ثانيا: المسؤولية التقصيرية للطبيب في مواجهة الغير

تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية أيضا في مواجهة الغير، ونقصد بالغير هنا الذي لحق به الضرر إما من العمل الطبي وإما إثر وفاة المريض، أو من هذا الأخير الموجود تحت إشراف الطبيب.

يتحمل الطبيب المسؤولية التقصيرية تجاه الغير بسبب العمل الطبي، ومثال ذلك مساعد الجراح الذي يتعرض لإصابة جراء عمل الطبيب أثناء التدخل الطبي الجراحي[2].

وتكون أيضا مسؤوليته كذلك في الحالات التي ينجم عنها ضرر يسببه المريض للغير، نتيجة إهمال الطبيب في مراعاة وعلاج مريض مختل عقليا فيصيب الغير بضرر، ينطبق نفس الحكم في حالة إصابة الغير من عدوى المريض الذي كان تحت رعاية الطبيب[3].

أما مسؤولية الطبيب التقصيرية تجاه الغير، فتكون حين يكون الطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر شخص أخر غير المريض المتعاقد مع الطبيب، والمثال البارز على ذلك قيام أقرباء المتوفى برفع دعوى ضد الطبيب الذي كان يعالج قريبهم، لا بصفتهم ورثة له، بل باسمهم الشخصي لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصابهم شخصيا من موت

---

[1]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص80.

[2]- د/ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، 142.

Voir aussi : Jean (PENNEAU), La responsabilité du médecin…, Op.cit.,p 13.

[3]- د/ محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص202. طلال عجاج، مرجع سابق، ص 80.

قريبهم وهو ما يسمى بالضرر المرتد[1]، خاصة إن كان هو من يعيلهم، إذ ترفع الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد بين هؤلاء الأقارب وبين الطبيب[2].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الطبيعة التقصيرية للمسؤولية المدنية الطبية

نص قانون حماية الصحة وترقيتها في مادته 239 على مسؤولية الطبيب التقصيرية وكذلك الجزائية، وأكد هذا النص على أنه يتابع طبقا لأحكام المادتين 288 و289 من قانون العقوبات أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بها ويلحق ضررا بالسلامة الجسدية لأحد الأشخاص أو بصحته أو يحدث له عجزا مستديما أو يعرض حياته للخطر أو يتسبب في وفاته[3].

كذلك يفهم من نص المادة 10 من مدونة أخلاقيات الطب على انه لا يسوغ للطبيب أن يتنازل عن استقلاله المهني بأي صورة كانت[4]، مما يوحي بأن المشرع الجزائري قد إتجه نحو فكرة ضرورة توفير الاستقلال التام للطبيب في ممارسة مهنته الطبية، بحيث لا يخضع إلى أي توجيه كان، وإذا لم يحترم الطبيب الالتزامات الملقاة على عاتقه، يجوز لمن تضرر من ذلك رفع دعوى قضائية أمام المحاكم المدنية وفقا للمادة 221 من ذات المدونة، على أساس المسؤولية التقصيرية في الحالات التي يخالف فيها الطبيب بواجب قانوني[5].

---

[1]- د/ محمد بودالي، مرجع سابق، ص21.

[2]- Gilles (PETITPIERRE), Op.cit, p575.

[3]- المادة 239 من ق.ح.ص.ت تنص عما يلي:

" يتابع، طبقا لأحكام المادتين 288 و239 من قانون العقوبات، أي طبيب أو جراح أسنان أو صيدلي أو مساعد طبي، على كل تقصير أو خطأ مهني يرتكبه، خلال ممارسته مهامه أو بمناسبة القيام بهان ويلحق ضررا بالسلامة البدنية لأحد الاشخاص أو بصحته، أو يحدث له عجزا مستديما، أو يعرض حياته للخطرن أو يتسبب في وفاته."

[4]- تنص المادة 10 من م.أ.ط عما يلي:

" لا يجوز للطبيب وجراح الأسنان أن يتخليا عن استقلالهما المهني تحت أي شكل من الأشكال."

[5]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 366.

نصت كذلك المادة 14 من مدونة أخلاقيات الطب على منع الطبيب من ممارسة مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية[1]، كما أضافت المادة 17 من نفس المدونة صراحة على وجوب امتناع الطبيب أو جراح الأسنان عن تعريض المريض لأي خطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو علاجه[2].

المطلب الثاني
المسؤولية العقدية للطبيب

سرعان ما شعرت المحاكم الفرنسية بعدم صحة موقفها، فاستقرت على أن مسؤولية الأطباء مسؤولية عقدية كمبدأ عام وليست تقصيرية، وذلك ابتداء من صدور قرار ميرسي في 20 ماي 1936 الذي كان نقطة تحول في اتجاه القضاء الفرنسي.

منذ صدور هذا القرار بمناسبة قضية السيدة " مرسي" والدكتور" نيكولا " عام1936[3]، قررت محكمة النقض الفرنسية كمبدأ عام أن مسؤولية الطبيب ذات طبيعة عقدية بقولها:

" ينشأ بين الطبيب وعميله عقد حقيقي، وإن كان العقد هذا يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر والمتفق مع المعطيات العلمية

1- المادة 14 من م.أ.ط تنص عما يلي:

" ... ولا ينبغي للطبيب أو جراح الأسنان، بأي حال من الأحوال، أن يمارس مهنته في ظروف من شأنها أن تضر بنوعية العلاج أو الأعمال الطبية."

2- المادة 17 من م.أ.ط تنص عما يلي:

"...يجب أن يمتنع الطبيب او جراح الاسنان عن تعريض المريض لخطر لا مبرر له خلال فحوصه الطبية أو العلاجية".

3- تتلخص وقائعها في أن السيدة ميرسي التي كانت تعاني من حساسية في الأنف راجعت أحد الأطباء المختصين بالأشعة الذي قام بعلاجها مستخدما أشعة« اكس « Rayons X»، وكان ذلك في عام 1925، إذ أدى هذا العلاج إلى تلف الأنسجة المخاطية في وجه السيدة المريضة، فقام زوجها برفع الدعوى نيابة عنها في سنة 1929 أي بعد مرور أكثر من 3 سنوات على انتهاء العلاج طالبا فيها بدفع التعويض عن الضرر الذي أصاب زوجته مستندا في دعواه إلى أن الضرر الذي أصاب زوجته كان نتيجة استخدام الطبيب المعالج للأشعة بصورة مباشرة. أنظر د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص85. غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 28 و29.

المكتسبة، وأن خرق هذا الالتزام التعاقدي ولو بطريقة غيرعمدية، يترتب عنه قيام مسؤولية من نفس الطبيعة وهي المسؤولية العقدية"[1].

وقد صدرت أحكام أخرى عن محكمة النقض الفرنسية تؤكد ذلك[2]، واتبعتها جهات ودرجات التقاضي الأخرى[3].

تستند المسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي، منذ صدور قرار" مرسي" الشهير، إلى المادة 1147 من التقنين المدني [4] التي تلزم المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذ الالتزام، إلا إذا اثبت المدين أن عدم التنفيذ مرده سبب أجنبي بالإضافة إلى انتفاء سوء النية لديه، أما مجال تطبيقها فهو الإخلال بالالتزامات التي يكون مصدرها العقد الطبي[5].

كان قرار مرسي السابق ذكره بمثابة نقطة تحول في اتجاه القضاء الفرنسي الذي كان قبل صدور هذا القرار يذهب إلى أن مسؤولية الأطباء عن أخطائهم مسؤولية تقصيرية وليست عقدية، فقد جاء في منطوق القرار أن هناك بين الطبيب ومريضه عقدا صحيحا وان التزام الطبيب لا بشفاء المريض وإنما ببذل في سبيل شفائه العناية التي تفرضها عليه مهنة الطب**(فرع أول)**، ويعتبر خروج الطبيب على أحكام هذا العقد أو الإخلال به وقصر في عمله وفيما كان عليه بذله من عناية ترتبت عليه المسؤولية العقدية إذا توافرت شروط قيامها **(فرع ثان)**.

---

1 - Arrêt mercier rendu par la chambre civile de la cour de cassation le 20mai 1936(Cass.civ. 20mai 1936.D.1936.188.) : « Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement, sinon, bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, mais consciencieux attentifs et réserves faites des circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science ; la violation même involontaire, de cette obligation contractuelle est sanctionné par une responsabilité de même nature, également contractuelle ».

2 - Cass. 1ere Civ. 18 jan.1938. G.P.1938 – Cass. 1ere Civ. 27 mai 1940. D.1941. Cité in : Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical, voir sur: www.droit.Univ-paris5.fr /cddm/ index.php.

3 - Paris. 18 mars.1938.D.1938.P.337- Bordeaux 11.Oct.1938.D.1939.P.28.

نقلا عن د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 69.

4 - Art.1147. du code civil Français : « Le débiteur est condamné, s'il ya lieu au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. » .

5- د/ عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، ...، مرجع سابق، ص319.

الفرع الأول

طبيعة الالتزام العقدي للطبيب

ينقسم الالتزام من حيث مدى اتصال أداء المدين لالتزامه بالغاية التي يهدف الدائن لتحقيقها إلى التزام ببذل عناية، والتزام بتحقيق نتيجة[1]، فإذا كان مضمون الأداء هو الغاية والهدف اللذين يسعى الدائن إليهما من إنشاء الالتزام، كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة [2] ، أما إذا كان مضمون أداء المدين ليس هو الغاية أو الهدف النهائي الذي يرمي الدائن إلى تحقيقه، بل هو الوسيلة التي تؤدي إلى تحقيق غاية الدائن وهدفه النهائي، كنا بصدد التزام ببذل عناية [3] .

يعتبر الطبيب في العلاقة التي تربطه بالمريض مدينا لهذا الأخير في نطاق تدخله لمباشرة العمل الطبي، وبالتالي تقع عليه التزامات، ويتفق الفقه والقضاء على أن التزام الطبيب نحو مريضه في الأصل هو التزام ببذل عناية **(أولا)**، وفي حالات استثنائية يكون التزامه فيها بتحقيق نتيجة **(ثانيا)**.

أولا: التزام الطبيب ببذل عناية كأصل

طرح هذا المبدأ في قرار مرسي الصادر في 1936، بالقول بأن العقد الطبي يتضمن التزام الطبيب ليس بشفاء المريض، ولكن بتقديم العلاج المتقن اليقظ والحذر، والمتفق مع المعطيات العلمية المكتسبة [4].

---

[1]- يعود الفضل إلى التمييز بين الالتزام بوسيلة (بذل العناية) والالتزام بتحقيق نتيجة إلى القانوني" ديموج" Demongue voir Georges (BOYER CHAMMARD), Paul (MONZEIN) ,Op.cit, p83.

[2]- نذكر على سبيل المثال التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري، فمضمون أداء البائع (المدين) هو بذاته هدف الدائن (المشتري) من الالتزام، ومثاله أيضا التزام الناقل بتسليم البضاعة في المكان والزمان المحددين في عقد النقل.

[3]- د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، النظرية العامة للالتزامات، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص25.

[4] -« …l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, du moins de lui donner des soins consciencieux, attentif et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science » . Arrêt mercier précité.

1- مضمون المبدأ

يتمثل مضمون هذا المبدأ في أن العناية المطلوبة من الطبيب تقتضي منه أن يبذل لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الظروف الاستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لا يتفق مع طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول كما يسأل عن خطئه العادي أيا كانت جسامته[1].

يجب على المريض أن يقيم الدليل على أن الطبيب خالف المبدأ الذي أقرته الجهات القضائية، أي أن الطبيب لم يضمن له تقديم علاج يتسم بالإخلاص والتفاني والمطابقة لمعطيات العلم الحديثة وانه عند الاقتضاء لم يستشر ذوي الخبرة [2].

يتحدد مدى التزام الطبيب بالقواعد المهنية، ويؤخذ في الحسبان عند تحديد ذلك الظروف الخارجية التي يوجد فيها الطبيب ويعالج فيها المريض كالمكان والإمكانيات المتاحة كأن يكون المستشفى لا تتوفر فيه التجهيزات والآلات الحديثة، أو حالة المريض المستعجلة و الخطيرة التي تقتضي إجراء عملية جراحية فورا[3].

لا يكفي لكي يعد الطبيب مخلا بالتزامه أن تسوء حالة المريض بل يجب أن يقوم الدليل على تقصير الطبيب في عنايته ولا يتأتى هذا إلا إذا وقع منه خطأ يمكن أن تترتب عليه المسؤولية.

يجب على الطبيب أن يبذل العناية الواجبة في مرحلة التشخيص لأنها تعتبر مرحلة حساسة ومهمة في التدخل الطبي، فيجب على الطبيب أن يبذل في هذه المرحلة العناية الواجبة، وكل خطأ بسبب الإهمال أو الجهل أو الرعونة، يعرض الطبيب للمسؤولية، فعليه بعد أن يستمع إلى شكوى المريض، ويحصل منه على كافة التوضيحات التي يحتاج إليها، أن يفحص المريض فحصا دقيقا، مستعملا في ذلك كل الوسائل المتاحة التي وضعها وتوصل إليها العلم الطبي، ليكون رأيه سليما واضحا بعيدا عن الغلط [4].

---

[1]- أحمد حسن الحياري، مرجع سابق، ص 46.

[2]- بوجمعة صويلح، مرجع سابق، ص 74.

[3]- د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 84.

[4]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 78.

2- مبررات المبدأ

يبرر الفقه التزام الطبيب ببذل العناية اللازمة للوصول إلى الشفاء دون ضمان تحققه، بمقدار الخطر الذي يلازم التدخل الطبي عادة، وبأن أي تشخيص للمريض أو وصف دواء له أو علاجه يحتوي على قدر مهم من الاحتمال، يجعل من تحميله الالتزام بتحقيق الشفاء ظلما له، فالطبيب لايستطيع الوعد بالشفاء [1].

نلاحظ أن المعيارين المعتمد عليهما من طرف الفقه في تقرير مبدأ إلتزام الطبيب ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، هما معياري الخطر والاحتمال الذي تتميز بهما الأعمال الطبية.

اعتبر الفقه المصري أن الخدمة الطبية التي يلتزم الطبيب بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد على أن تكون بذل عناية فنية معينة، تقتضيها أصول المهنة التي ينتمي إليها والتزامه بالعقد هو التزام ببذل عناية، لا التزام بتحقيق نتيجة، وإخلال الطبيب بهذا الالتزام سواء كانت المسؤولية عقدية أو تقصيرية، يعتبر خطأ طبي فني[2].

نستنتج من مواقف الفقه أن العقد الطبي ينشئ حتما على عاتق الطبيب المداوي الالتزام بالعناية بالمريض، وإذا حصل أن رفض تقديمها أو أوقف علاجه بدون سبب مشروع، فإنه يسأل عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، لكن هذا الالتزام لا يولد بالتأكيد على عاتق الطبيب التزام بشفاء المريض [3].

أيدت محكمة النقض الفرنسية التمييز بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية في حكمها الشهير الصادر عام 1936، الذي تبنت فيه بأن مسؤولية الطبيب هي مسؤولية عقدية وليست تقصيرية، حيث قررت أن الطبيب غير ملزم بشفاء المريض، وكل ما عليه، أن يقدم العناية الواعية اليقظة المتفقة مع معطيات العلم الطبي .

قضت محكمة النقض المصرية بنفس المبدأ في حكمها الذي أقرت فيه المسؤولية المقدمة لالتزام الطبيب في 3 جوان 1969، أي بعد أن أقره القضاء الفرنسي بثلاث وثلاثين سنة، حيث قررت هذه المحكمة " أن الطبيب لا يلتزم بموجب العقد الذي يبرم بينه

---

[1]- د/ عدنان إبراهيم سرحان، مرجع سابق، ص134.

[2]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 101.

[3]- د/ عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 104.

وبين مريضه بشفاء المريض من الداء أو بنجاح العملية الجراحية التي يقوم بها، لان الالتزام الطبي ليس التزاما بتحقيق غاية بل هو التزام ببذل جهود صادقة يقظة " [1].

ثانيا: التزام الطبيب بتحقيق نتيجة كإستثناء

لا يلتزم الطبيب سواء كان عاما أو أخصائيا أو جراحا تجاه المريض إلا ببذل عناية طبيب يقظ من مستواه المهني، فلا يقع على عاتقه التزام بشفاء المريض[2]، لأن الأصل في الشفاء ليس بيد الطبيب بل بيد الله سبحانه وتعالى، كما أن فكرة الاحتمال تهيمن على نتائج عمل الطبيب، لكن رغم هذا المبدأ في طبيعة التزام الطبيب على بذل العناية، نظرا لفكرة الاحتمال التي تسيطر على عمل الطبيب، إلا أن ذلك لا يمنع من قيام التزامات لا يكون في تنفيذها مجال لفكرة الاحتمال التي تبرز قصر التزام الطبيب نحو مريضه التزاما بتحقيق نتيجة معينة.

يعتبر الالتزام بتحقيق نتيجة التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة معينة أو غاية معينة، وإذا لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين (الطبيب) مسؤولا أمام المريض (الدائن)، لكونه لم يقم بتنفيذ التزامه فيفترض خطأ الطبيب في هذا النوع من الالتزام، ومن ثم مسؤوليته، لمجرد أن الغاية المنتظرة من طرف هذا المريض هي محل التزامه ولم تتحقق.

يختلف عبء الإثبات في المسؤولية العقدية باختلاف مضمون كل التزام على حده، ففي الالتزام بتحقيق نتيجة يكفي إثبات فقط عدم تحقق النتيجة لقيام المسؤولية، وهو تخفيف لعبء الإثبات الواقع على المريض، لكن الصعوبة تثار في حالة الالتزام ببذل عناية من الطبيب، لأن المريض عليه إثبات عدم قيام الطبيب المدعى عليه ببذل القدر المفروض عليه من العناية، حتى يتوصل إلى إقامة المسؤولية في مواجهته[3].

---

[1]- د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص 223.

[2] - René (SAVATIER) , La responsabilité médicale en France (Aspects de droit privé), in revue international de droit comparé, V28, N^{O}3, Juillet -Septembre 1976, p 495.

[3]- د/ مصطفى محمد الجمال، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه والقضاء، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت، مداخلة ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004، ص 90.

نرى أن تحميل الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة يعتبر تقييدا له وتشددا في نفس الوقت، لكن هذا القيد فرضته ضرورة حماية المريض الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فيتحمل الطبيب الالتزام بتحقيق نتيجة إما بحكم الاتفاق أو بقوة القانون.

1- التزام الطبيب بتحقيق نتيجة بحكم الاتفاق

يجوز لطرفي العقد الطبي الاتفاق على أن يكون التزام الطبيب التزاما بتحقيق نتيجة في ظروف وحالات معينة، ومن أمثلة ذلك أن يعد الطبيب مريضه بأن يقوم بعمل طبي في وقت محدد، أو أن يعده أن يقوم هو شخصيا بذلك العمل الطبي، فإذا وعد طبيب التوليد بالقيام شخصيا بعملية التوليد، فإنه يعتبر مسؤولا بقوة القانون عن الضرر الذي ينجم عن فعل الطبيب الذي قام بالعملية بدلا منه في غياب أية حالة من حالات السبب الأجنبي، نفس الآمر ينطبق على الطبيب الذي يعد المريض بأن يكون لتدخله الجراحي نتيجة محددة[1].

نلمس أكثر هذا النوع من الاتفاق في مجال جراحة التجميل، حيث يلتزم الطبيب بنتيجة محددة بدقة اعتمادا على مخطط معد مسبقا ومتفق عليه، ويصطلح عليه كذلك بالنتيجة الجيومترية[2]، في نظرنا أن الطبيب الذي يتفق بأن يتعهد على أن يلتزم ويلقي على عاتقه التزاما بتحقيق نتيجة، هو في الأصل التزام ببذل عناية، فهو تشديد لمسؤوليته، كأن يتعهد لمريضه بالشفاء، كون أنه يرى أن الشفاء ليس بمستحيل، فإذا تحقق الأمر برئت ذمته وإذا لم يتحقق يكون ضامنا، فهذا النوع من الاتفاق نص عليه القانون المدني الجزائري وذلك في المادة 178[3].

---

[1]- د/ محمد بودالي ، مرجع سابق، ص 19.

[2]- أحمد هديلي، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 أفريل، 2008، ص70.

[3]- تنص المادة 178 من ق م ج عما يلي:

" يجوز الإتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن غشه وخطئه الجسيم ...".

2- **تطبيقات التزام الطبيب بتحقيق نتيجة**

يتعلق الأمر هنا بالالتزامات بتحقيق نتيجة التي تتصل ببعض الأعمال الفنية للطبيب، لان هناك التزامات بتحقيق نتيجة متصلة بالواجبات الإنسانية والأخلاقيات للطبيب، كالتزام الطبيب بإعلام المريض، والتزامه بالحصول على موافقة المريض، والتزامه بعدم إفشاء سر المريض، كلها التزامات بتحقيق نتيجة.

توجد بعض الأعمال الطبية اكتسبت معطيات علمية تمكن من الوصول إلى نتائج مؤكدة، لان التقنيات فيها أصبحت في متناول اليد، ففي هذه الأعمال لا يثور الشك في أن التزام الطبيب المعالج هو التزام بتحقيق نتيجة، بحيث أن المسؤولية هنا أصبحت مبنية على أساس الخطأ المفترض غير قابل للدفع.

لا يجب على الطبيب أن يعرض مريضه لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة ، وأن لا ينقل إليه مرضا أخر نتيجة العدوى، أو ما ينقله إليه من دم وهذا التشدد راجع لكون مثل هذه الحالات لا مجال فيها لفكرة الاحتمال الطبي[1].

أ- استعمال الأدوات والأجهزة الطبية

أدى التقدم العلمي في مجالات الطب المختلفة إلى استخدام الأدوات والأجهزة الطبية في العلاج والجراحة، وقد يصاب المريض بضرر بسبب استخدامها من طرف الطبيب المعالج.

استقر الفقه والقضاء الحديث بأن الطبيب يلتزم تجاه مريضه بالتزام محدد هو ضمان سلامته من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ الطبيب من أجله [2]، وأن محل التزامه هنا هو تحقيق نتيجة، إذ يوجد ارتباط وتداخل كبير بين الالتزام بتحقيق نتيجة

---

[1]- كريم عشوش، مرجع سابق، ص 96.

[2]- يجب على الطبيب أن يلتزم بضمان سلامة المريض من الأضرار المستقلة عن المرض الذي لجأ إليه من أجله وعلى غير صلة به، ومحل التزامه هذا تحقيق نتيجة، وتنقطع صلتها بالأعمال الطبية التي يظل محل الالتزام بتأديتها =بذل عناية، فيجب التفرقة بين الأضرار التي تنشأ عن الأعمال الطبية - وهي ذات طبيعة علمية بحتة – وبين الأضرار المستقلة عن المرض والمنقطعة الصلة بالأعمال الطبية، والتي غالبا ما ترجع إلى عيب في الأدوات أو الأجهزة التي يستعملها الطبيب أثناء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي. والطبيب لكي يتخلص من المسؤولية، لا بد عليه أن يقيم الدليل على رجوعها إلى سبب أجنبي لا يد له فيها.

أنظر في ذلك د/ سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 331.

والالتزام بالسلامة، مما يصعب في كثير من الأحيان التميز بينهما، وهذا ما جعل الكثير من رجال الفقه والقضاء يأتون بمفهوم أخر وسط وهو " الالتزام بسلامة النتيجة" أو الالتزام بالسلامة والنتيجة، حيث قرر القضاء الفرنسي فرض التزام بتحقيق نتيجة مكرسا بالالتزام بالسلامة بصدد حالات العدوى الناشئة داخل المستشفيات أو العيادات[1].

لا بد من التأكيد أيضا من أن الالتزام بالسلامة لا يعني الالتزام بالشفاء، إنما المقصود منه هو واجب الطبيب أن لا يجعل المريض عرضة لأي أذى جراء ما يستعمله من أدوات وأجهزة، خاصة وأن التقدم العلمي والفني في المجال الطبي أدى إلى استخدام آلات وأجهزة بما ينطوي عليه من مخاطر عديدة للمريض[2].

ينطبق الالتزام السالف الذكر على الأضرار التي تلحق المريض من الأدوات والأجهزة الطبية، إذ لا يعفى الطبيب من المسؤولية حتى لو كان العيب بسبب خلل في صنع الجهاز، إلا انه يستطيع التخلص من المسؤولية بإثبات أن الأضرار الحاصلة تعود إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه[3].

ومن بين التطبيقات القضائية لهذا الاستثناء، حكمت إحدى المحاكم الفرنسية بمسؤولية الطبيب عن وفاة المريض أثناء الجراحة نتيجة لتسرب الغاز من جهاز التخدير واشتعاله بسبب شرارة تطايرت من الجهاز[4]، وقد قضت أيضا محكمة استئناف باريس بتاريخ 05 مارس 1999 (الغرفة المدنية الأولى)، بمسؤولية الطبيب عن الحروق التي أصابت المريض من جراء اللهب و الحرارة المنبعثة من المسخن الكهربائي، بالرغم من أن الطبيب لم يرتكب أي تقصير في استخدام المسخن الكهربائي [5].

---

[1]- مراد بن الصغير، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005 ص 53.

[2]- ليندة عبد الله، طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول، 2008، ص 159.

[3]- د/ عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص87.

[4]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 155- 156.

[5]- عشوش كريم، مرجع سابق، ص97.

ب - نقل الدم والتحاليل الطبية الأخرى

يحتاج المريض في بعض الحالات إلى نقل الدم إليه، إما لأنه أصيب أوأن طبيعة المرض تتطلب نقل الدم إلى جسمه لتعويضه عما فقده، فيتعين أن يكون هذا الدم متفقا في الفصيلة مع دمه وإلا أصيب بأضرار، كما يجب أن يكون هذا الدم المنقول سليما من خاليا من أي مرض، وإلا انتقلت عدواه إلى المريض أو المصاب، كما يشترط قبل النقل أن يكون الدم محتفظ به بطريقة علمية تضمن سلامته من التعفن.

أما فيما يتعلق بالتحاليل الطبية الأخرى، فيلتزم الطبيب (المحلل) لجميع التحاليل التزاما محله تحقيق نتيجة، ويقع الإخلال به بمجرد ثبوت غلطه فيه، والسبب الرئيسي في ذلك هو أن نشاط الطبيب المحلل ينحصر في أعمال مختبرية، لا تتضمن بحسب الأصول العلمية المسلم بها أي إحتمال[1].

ج- التحصين

يقع على عاتق الطبيب الذي يقوم بعملية التحصين التزام محدد بتحقيق نتيجة تتمثل في سلامة الشخص المحصن، إذ يجب إلا تؤدي عملية التحصين إلى الإضرار به، وهو الأمر الذي يقتضي أن يكون المصل سليما لا يحمل للشخص المتلقي أي عدوى لمرض من الأمراض، وأن يعطى المصل بطريقة صحيحة، فالتزام الطبيب بتهيئة المصل هو التزام بتحقيق نتيجة، وهذه النتيجة هي تسلم طعم (مصل) لا ينجم عنه إلحاق أذى إضافي بالمتلقي[2] .

[1]- د/ أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص231.

[2]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص165.

الفرع الثاني

قيام المسؤولية العقدية للطبيب

استقر القضاء الفرنسي على أن مسؤولية الطبيب المدنية كانت تقصيرية، إلا أنه ابتداء من سنة 1936، تاريخ صدور قرار " مرسي" MERCIER الشهير، أصبحت ذات طبيعة عقدية كمبدأ عام، ولقد سانده الفقه في ذلك، وتخضع شروط هذه المسؤولية للقواعد العامة. وبالتالي تتمثل شروط قيامها، في ضرورة وجود عقد صحيح بين الطبيب والمريض **(أولا)**، وأن يكون المتضرر من التدخل الطبي هو المريض ذاته **(ثانيا)**، وان ينشأ ضرر من جراء عدم تنفيذ بنود العقد**(ثالثا)**.

أولا: وجود عقد طبي صحيح

يظل العمل بنظام المسؤولية العقدية رهينا بتوفر عقد صحيح بين المريض والطبيب تستند إليه مسؤولية هذا الأخير العقدية، فإذا انتفى العقد كانت مسؤولية الطبيب تقصيرية[1].

1- تعريف العقد الطبي

ورد تعريف العقد بوجه عام في المادة 54 من ق.م.ج التي تنص عما يلي:

" **العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما**".

عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه:" **إتفاق بين الطبيب والمريض على أن يقوم الأول بعلاج الثاني في مقابل أجر معلوم**" [2].

وهناك من عرفه على أنه إرادة المريض المعلن عنها قبولا لعلاج ضروري تقتضيه حالته المرضية تطابقا مع إرادة الطبيب في تقديمه، وينتج عنه التزامات[3].

---

[1]- د/ مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص 90.

[2]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الاول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 18.

[3]- يزيد دلال وعبد الجليل مختاري، مرجع سابق، ص 63.

عموما يعرف العقد الطبي بأنه اتفاق يربط الطبيب والمريض، بمقتضاه يلتزم الطبيب بتقديم العلاج الضروري والمناسب للمريض وفقا للقواعد العلمية، الذي بدوره يقوم بدفع أتعاب العلاج[1].

يفهم من مجرد فتح الطبيب لعيادته وتعليقه للافتة تحمل اسمه وتحدد تخصصه، فإنه يضع نفسه في موقع من يعرض إيجاب موجه للجمهور، وأي مريض يقبل بمثل هذا العرض للعلاج يبرم مع الطبيب عقدا بشكل طبيعي[2]، حتى ولو كان شفهيا أو ضمنيا[3].

يؤدي السير وفق هذا الشرح إلى مصادرة حرية الطبيب وإجباره على تقديم العلاج وهذا يخالف القانون، الذي يسمح له برفض تقديم العلاج لأسباب شخصية[4]، لذلك فإن الطبيب الذي يضع لافتة تحمل اسمه وتبين تخصصه ليس في موضع إيجاب وإنما دعوة إلى التعاقد، يتقيد إبرام العقد استنادا إليها بما للطبيب من حرية في أن يعتذر عن تقديم الخدمة، ومادام الأمر يتعلق بدعوى إلى التعاقد فإن الإيجاب في العقد الطبي يصدر من المريض عن طريق اختياره للطبيب وذهابه إلى عيادته أو استدعائه إلى المنزل والقبول يكون من الطبيب بمجرد قبوله الفحص الابتدائي للمريض[5].

أن يكون العقد الطبي صحيحا، ذلك أن العقد الباطل لا يترتب عنه التزام، ومن بين الحالات التي يكون فيها العقد باطلا كحالة عدم الأخذ برضا المريض، أوان يكون الغرض منه القتل بدافع الرحمة، أو القيام بتدخل جراحي ليس لغرض العلاج[6] وإنما لإجراء تجربة طبية لا تحتاج إليها حالة المريض الصحية، فهذا مخالف للنظام العام والآداب لأن الإنسان لا يجوز أن يكون حقلا للتجارب الطبية، وبالتالي تكون مسؤولية الطبيب تقصيرية [7]، فالعقد الطبي الصحيح هو الذي يرتب أثاره القانونية كاملة، إذ تكون له عادة قوة ملزمة،

---

[1]- كريم عشوش، مرجع سابق، ص 9.

[2]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 68.

[3]- د/ عبد اللطيف الحسيني، مرجع سابق، ص 95.

[4]- المادة 42 من م.أ.ط.

[5]- د/ جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 44.أنظر أيضا عبد الكريم بلعرابي ، محمد سعداوي، مرجع سابق، ص

[6]- د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 111.

[7]- د/ محمود زكي شمس، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، مؤسسة غبور للطباعة، دمشق، 1999، 373.

ولكن هذه القوة قد يعتريها ما يوجب زوالها إذا لم يؤخذ رضاء المريض بالعلاج، أو كان سبب العقد غير مشروعا كما لو كان غرضه إجراء عملية جراحية خطيرة لا تستدعيها حالة المريض[1]،

سبق القول أن مسؤولية الطبيب تكون عقدية عند وجود عقد يربطه بالمريض مباشرة، لكن التساؤل المطروح، هل يسأل الطبيب على أساس المسؤولية العقدية في الحالة التي يتعاقد فيها مع شركة معينة أو صاحب مشروع خاص دون المريض؟ فهل يمكن تطبيق ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير المنصوص عليها في المادة 116 من ق.م.ج ؟[2].

يعتبر الاشتراط لمصلحة الغير الاستثناء الذي يرد على قاعدة " نسبية أثر القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص" وفقا للقواعد العامة، فهو عقد يتم بين شخصين هما المشترط والملتزم أو المتعهد، بمقتضاه يكسب شخص ثالث ليس طرفا في العقد، يسمى المستفيد أو المنتفع حقا مباشرا قبل الملتزم يستطيع أن يطالبه بالوفاء به[3].

يقوم العقد الطبي حتى عندما يكون اختيار المريض للطبيب حاصلا من الغير، فكثيرا ما يتعاقد الأطباء مع إدارات الشركات والمصانع، فيلتزم بمقتضى هذا العقد بعلاج المرضى العمال الذين يصابون أثناء العمل، فيقوم الطبيب بتقديم خدماته العلاجية لأشخاص لم يرتبط معهم بعقد، وهؤلاء الأشخاص المرضى لم يختاروا الطبيب ولا يستطيعون رفض خدماته، وقد كيف هذا العقد على أنه اشتراط لمصلحة الغير، إذ يلتزم الطبيب (المتعهد) في مواجهة الجهة المشترطة بأن يعمل لمصلحة المرضى، وهم المستفيدون من الاشتراط، فيمكن للمستفيد (المريض) رفع دعوى مباشرة مستمدة من العقد يستعملها في مواجهة الطبيب وهو المتعهد يطالبه فيها بتنفيذ التزامه، وعلى ذلك فإن مسؤولية الطبيب تكون عقدية[4]، وقد اجمع الفقه الفرنسي على هذه النظرية[5].

1- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري...، مرجع سابق، ص 395.

2- المادة 116 من ق.م.ج تنص عما يلي:

" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية...." .

3- د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 334.

4- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 70.

5- من بين الفقهاء الفرنسيين المعاصرين **كولان** و**كابيتان**، نقلا عن د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 70.

يفهم مما سبق أن المريض بالرغم من كونه ليس طرف في العقد المبرم بين المشترط والمتعهد، إلا أن هذا الأخير يلتزم في مواجهته بناء على العقد بحيث يمكنه الرجوع على المتعهد (الطبيب) بدعوى المسؤولية العقدية لمطالبته بتنفيذ الالتزام.

يعتبر وصف الحالة السابقة بالاشتراط لمصلحة الغير، من خلال التزام الطبيب المتعهد بتقديم خدماته وعلاجه للمريض دون وجود رابطة عقدية سابقة بينهما، الذي يعتبر شرط من شروط تطبيق هذه النظرية وفقا للقواعد العامة، بينما يتخلف شرط وجود علاقة عقدية بين المتعهد الطبيب والمشترط الذي هو صاحب المصلحة، وإن كان الفقه يرى وجود هذه العلاقة العقدية فنرى أن التزام الطبيب في هذه الحالة التزام قانوني، وهذا ما يثير صعوبة تطبيق هذه النظرية في المجال الطبي.

كذلك تتوفر العلاقة العقدية حتى في حالة قيام الطبيب بمعالجة زميل له مجانا، على تقدير قيام عقد بينهما ولا يعتبر ما يؤديه الطبيب لزميله خدمة مجانية، لأن انعدام المقابل الذي ارتضاه الأطباء فيما بينهم طبقا لعادة ثابتة يمكن تفسيره على أنه إبراء اختياري من الدين مؤسس على فكرة التبادل ليكون العقد في حقيقته عقد معاوضة[1].

2- الطبيعة القانونية للعقد الطبي

يعتبر العقد الطبي عقد يجمع بين الطبيب والمريض وهو ذو طبيعة خاصة وأحكامه متميزة ليست كباقي العقود، لأن المريض طرف ومحل فيه، رغم ذلك لا توجد أحكام خاصة به، كون أن القانون المدني والقوانين المتعلقة بمزاولة مهنة الطب لم تتطرق إلى العلاقة بين الطبيب والمريض ولم تحدد طبيعتها القانونية، مما إضطر الفقه إلى محاولة لسد هذا الفراغ معتمدا على المصادر العامة للالتزامات والنظرية العامة للعقود.

ذهب بعض من الفقه إلى اعتبار العقد الطبي عقد وكالة، في حين ذهب البعض الأخر إلى أنه عقد عمل، ويجزم جانب أخر على أنه عقد مقاولة.

[1]- د/ رمضان جمال كامل، مرجع سابق، ص 70.

أ- العقد الطبي عقد وكالة

ذهب فريق من الفقهاء إلى تحديد طبيعة العقد الطبي على أنه عقد وكالة، نظرا لوجود تشابه بينهما، فعقد الوكالة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر للقيام بعمل شيئ لحساب الموكل وباسمه، وطرفيه هما الموكل والوكيل، وعلى الموكل أن يلتزم في حدود ما وكل إليه للقيام به لحساب موكله وباسمه، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 571 من (ق.م.ج)[1].

يرى أنصار هذا الرأي أن الموكل في العقد الطبي هو المريض يوكل الطبيب الذي هو الوكيل، للقيام بأعمال طبية علاجية بغية الوصول إلى شفائه، فبين المريض والطبيب علاقة تعاقدية تدرج ضمن أحكام الوكالة.

تتمثل أهم الانتقادات التي وجهت لهذا الرأي، في أن الطبيب لا يلتزم اتجاه موكله المريض القيام بما وكل إليه أمام الغير، ولا يلتزم الغير في مواجهته، إذ يقوم بتقديم أعمال شخصية وفحوصات وتشخيصات والعلاج باسمه.

كذلك إذا كان الوكيل مجبر بأن يمد الموكل بالمعلومات الضرورية عما توصل إليه في تنفيذ الوكالة وان يقدم له حسابا عنها[2]، غير أن الطبيب غير مجبر بأن يمد المريض بكل المعلومات المتعلقة بتنفيذ أعماله، بل له أن يخبره فقط بالمعلومات المتعلقة بمرضه.

إذا كان عقد الوكالة وفقا للقواعد العامة يقتضي أن يكون قيام الأعمال المفوضة للوكيل لحساب الموكل، غير أن الطبيب عند قيامه بأعماله تكون المداخيل والأتعاب لحسابه وليس لحساب موكله المريض [3].

ب- العقد الطبي عقد عمل

ذهبت هذه النظرية إلى اعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل[4]، وذلك باعتبار الطبيب أجيرا يعمل لحساب المريض، ومن ثم فإنه لا يختلف عن العامل في شيء، فالطبيب الذي

1- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص 70.

2- المادة 577 ق م ج تنص عما يلي:

"على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها".

3- كريم عشوش، مرجع سابق، ص 13.

4- يعرف عقد العمل بأنه ذلك العقد الذي يتعهد فيه شخص بالعمل لفترة من الزمن لخدمة شخص اخر، وتحت إشرافه مقابل أجر.

يقوم بممارسة مهنته يتعاقد كأي شخص آخر ويعمل مقابل أجر[1]، إذ يرى أنصار هذا الاتجاه وجود علاقة تبعية بين الطبيب والمريض، لكن انتقد هذا الرأي على أساس أن فكرة التبعية غير موجودة بين الطبيب والمريض، فالأول لا يمكن أن يكون تابعا للثاني، فهو مستقل في عمله لا سلطان عليه إلا ما يمليه ضميره بتطبيق الأصول العلمية لمهنة الطب، وبالتالي لا يمكن اعتبار عقد العلاج الطبي عقد عمل[2].

ج- العقد الطبي عقد مقاولة

يرى جانب من الفقه وعلى رأسه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، أن العقد الطبي بين المريض والطبيب هو عقد مقاولة[3]، الذي بموجبه يتعهد أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر وهذا ما أكدته المادة 549 من ق .م.ج[4].

إنتقد هذا الرأي من منطلق أن التزام الطبيب التزام ببذل عناية وليس التزام بتحقيق نتيجة من العلاج الذي يباشره أثناء التدخل الطبي، في حين أغلب عقود المقاولة يلتزم فيها المقاول بتحقيق نتيجة، وهذا إختلاف جوهري بينهما،[5] كما أن عقد المقاولة عقد اقتصادي وتجاري بالدرجة الأولى، ومن ثم المقاول يعتبر تاجرا في حين الطبيب ليس بتاجر[6].

يبقى عقد العلاج الطبي له طابع خاص به، وهو بعيد الشبه عن أي عقد أخر، ولا يرتبط بصلة بعقد الوكالة أو عقد إيجار الأشخاص أو عقد المقاولة، وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بوجهة النظر السابقة وقضت في قرار لها بتاريخ 13 يوليو 1937، بأن الاتفاق المبرم بين المريض والطبيب الذي يقدم مساعدته وجهوده، هو عقد من نوع

---

[1]- د/ عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص 60.

[2]- د/ إبراهيم على حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 126.

[3]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل،...، مرجع سابق، ص 18.

[4]- المادة 549 من ق.م.ج تنص عما يلي:

" المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الأخر."

[5]- د/ إبراهيم على حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 126.

[6]- المادة 20 من م.أ.ط

خاص، والجدير بالذكر أن الفقيه " سافاتيه" SAVATIER ساند هذا الاتجاه واعتبر عقد العلاج الطبي عقد غير مسمى، على اعتبار أن العمل المستقل للأشخاص القائمين بممارسة المهن الحرة يجعلهم غير محكومين لأي عقد مسمى في القانون، وأنهم يخضعون فقط للقواعد العامة التي تحكم الاتفاقات والعادات التي تحكم مهنهم[1].

3- خصائص العقد الطبي

رغم تضارب الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للعقد الطبي إلا أنه يبقى عقد ذو خصائص متميزة، من بينها اعتبار هذا العقد عقد غير مسمى ورضائي، وهو أيضا شخصي ومدني، فهو كذلك عقد ملزم للجانبين وقابل للفسخ، ومن خصائصه أيضا أنه عقد معاوضة ومستمر نسبيا.

أ- العقد الطبي عقد رضائي

يكفي لانعقاد العقد الطبي تراضي الطرفين في أغلب صوره، حتى في الحالات التي اشترط المشرع شكلا معينا كعملية زرع الأعضاء فهو عقد رضائي، يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الإيجاب بالقبول، فالتراضي وحده هو الذي يكون العقد، إذ تنص المادة 59 من ق.م.ج عما يلي:

" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". ولا يمنع العقد من أن يكون رضائيا أن يشترط في إثباته شكل خاص، إذ ينبغي التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته فما دام يكفي في وجود العقد رضاء المتعاقدين، فالعقد رضائي حتى ولو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها[2].

ينعقد العقد الطبي بمجرد تبادل المريض التعبير عن إرادته مع الطبيب، فيلعب رضا الأول دورا مزدوجا، فهو ركن لانعقاد العقد الطبي، وشرط أساسي لتنفيذه[3]، إذ

---

[1]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص93.

[2]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص35.

[3]- يقصد بالرضا في تنفيذ العقد الطبي، الموافقة حول العمل الطبي الذي يتضمنه، وحسن النية في التعاقد تقتضي تزويد المتعاقد بكل ما يتضمنه العقد وما يهدف إليه حتى يتمكن من إصدار رضا صحيح ومؤسس. أنظر عبد الكريم مأمون، رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية، مرجع سابق، ص 99.

يتعلق الأمر برضائين منفصلين[1] لكل منهما نطاق مستقل عن الأخر، فالأول ضروري لانعقاد العقد والثاني ضروري لتنفيذ العقد الطبي ويضفي على عمل الطبيب طابع المشروعية من الوجهتين المدنية والجنائية، لذا يتعين التفريق بين الرضا اللازم لتكوين العقد الطبي الذي يؤدي انعدامه إلى بطلان العقد وإذا كان معيبا يجعل العقد قابلا للإبطال وبين الرضا بالعمل الطبي الذي يجعل عمل الطبيب غير مشروع[2].

فلا يجب الخلط بين الرضا قبل التدخل الطبي والرضا لإبرام العقد الطبي إذ هذا الأخير يظهر حرية الاتفاق بين الطبيب والمريض في تولى الأول لعلاجه، أما الأول أي الرضا عن العمل الطبي فيتعين تجديده في كل مرحلة من مراحل التدخل الطبي، لأنه شرط أساسي لصحة تنفيذه[3].

يتميز العقد الطبي عن سائر العقود الأخرى، أنه مبني على الثقة والوعي اللذين ينشطان أطراف العلاقة الطبية، وأن رضا الطرفين عن بعضهم البعض وحرية اختيار كل واحد منهما للأخر هو ركن جوهري لإبرام العقد، إلا أن هذا الرضا التمهيدي لا يمكن أن يكون أبدا مبررا للمساس بجسم الإنسان والقيام بالتدخل الطبي عليه لذا فإن خصوصية هذه العلاقة وحساسيتها تستلزم رضا خاص عن كل مرحلة من مراحل التدخل الطبي[4].

أما بخصوص رضا الطبيب، فلقد سبق القول أن العقد الطبي يتطلب لتكوينه توفر ركن التراضي الذي يقتضي رضا الطرفين، فلا يكفي فقط رضا المريض بل يجب أن يقابله رضا الطبيب من جهة أخرى، وإذا كان الأصل هو موافقة الطبيب لتقديم العلاج، فالاستثناء هو إمكانية هذا الأخير رفض تقديم العلاج في حالات وشروط محددة.

---

[1]- لا يغطي الرضا اللازم لإبرام العقد الطبي من طرف المريض أو من يمثله قانونا، الرضا اللازم لتنفيذه، لأن الرضا الأول لا بد منه كي ينهض العقد مع بقية الأركان الأخرى (المحل والسبب) ومتى زال ركن الرضا انهار العقد، أما =الرضا الثاني وهو الخاص والضروري لتنفيذ العمل الطبي فهو التزام يقع على عاتق الطبيب اتجاه المريض وشرط أساسي لتنفيذه، ومتى أخل به قامت مسؤوليته ولو احترم الرضا الأول وتوفر.

أنظر زينة غانم يونس العبيدي، مرجع سابق، ص 307.

[2]- عبد الكريم بلعرابي ، محمد سعداوي، مرجع سابق، ص 180.

[3]- سبق الإشارة إلى رضا المريض بالتدخل الطبي كشرط من شروط مشروعية العمل الطبي، والتزام الطبيب بالحصول على رضا المريض عبر مراحل التدخل الطبي، أنظر الفصل الأول من المذكرة.

[4] - Annick (DORSNER DOLIVET) , Op.cit. p41.

يسعى الطبيب إلى ضمان وتوفير العلاج الملائم للمريض، حفاظا على صحته البدنية والعقلية والتخفيف من معاناته، وله حرية قبول علاج المريض كما تقتضيه رسالته المهنية والأخلاقية بالقدر الذي يمكنه أن يرفض ذلك، فنصت المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب عما يلي:

" **ويمكن الطبيب أو جراح الأسنان مع مراعاة أحكام المادة 9 أعلاه، أن يرفض لأسباب شخصية تقديم العلاج** "، غير أن حرية الطبيب في رفضه لتقديم العلاج تبقى محدودة في بعض الأحيان، كحالة المريض الذي يواجه خطرا وشيكا، إذ لا يمكن للطبيب رفض العلاج في حالة الضرورة والاستعجال التي يتواجد فيها المريض[1].

ب- العقد الطبي عقد غير مسمى

يعتبر عقد غير مسمى ما لم يخصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه والآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، ولما كان أقل شيوعا لم يفصل المشرع أحكامه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة[2]، وينطبق نفس الحكم على العقد الطبي فلم ينظم المشرع الجزائري أحكام هذا العقد لذا فهو يستمد أحكامه من الاتفاق الخاص بين طرفيه الطبيب والمريض وكذلك من العادات المهنية والتشريع الخاص بتنظيم الصحة وترقيتها.

ج- العقد الطبي عقد شخصي ومدني

من خصائص العقد الطبي أنه عقد شخصي على الرغم من عدم توازن العلاقة بين الطرفين، ذلك أن المريض يختار طبيبه ليتولى مهمة علاجه، وفقا لما له من مؤهلات فنية، واستنادا إلى الثقة التي يضعها في الطبيب الذي اختاره بإرادته الحرة[3] ولا بد أن

1- المادة 9 من م.أ.ط تنص عما يلي:

" **يجب على الطبيب أو جراح الأسنان أن يسعف مريضا يواجه خطرا وشيكا، أو أن يتأكد من تقديم العلاج الضروري له.**"

2- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص41.

3- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص94.

تحترم هذه الحرية، وهذه العوامل هي الدافع إلى إقرار نص المادة 42 من مدونة أخلاقيات الطب لحريته في اختيار طبيبه إذ تنص عما يلي:

" **للمريض حرية اختيار طبيبه أو جراح أسنانه أو مغادرته. وينبغي للطبيب أو جراح الأسنان أن يحترم حق المريض هذا، وأن يفرض احترامه، وتمثل حرية الاختيار هذه مبدأ أساسيا تقوم عليه العلاقة بين الطبيب والمريض والعلاقة بين جراح الأسنان والمريض** "، وهو ما أكدت عليه أيضا الفقرة الثانية من المادة 80 من نفس المدونة عما يلي:

"**... ويتعين احترام حق المريض في حرية اختيار الطبيب أو جراح الأسنان**"، ولكن لا يمكن تصور هذا الاختيار في حالة المريض الذي يعالج في المستشفيات العامة وحالة الضرورة والاستعجال.

يعتبر العقد الطبي عقد مدني لا يقبل بأي حال من الأحوال الصبغة التجارية ولا يخضع لإجراءات العمل التجاري، فالتعامل في المجال الطبي عن طريق التعاقد وتقديم العلاج، لا يجب أن يكون محلا للمعاملات التجارية، فكل تعامل تجاري في هذا المجال يعتبر محظورا، وهذا راجع إلى ارتباط هذه الممارسات بجسد الإنسان وهو أفضل مخلوقات الله عز وجل هذا من جهة، والدور النبيل الذي يقوم به الطبيب في عقد العلاج من جهة أخرى[(1)].

لا يعتبر الطبيب تاجرا لأن التاجر هو كل من يباشر عملا تجاريا ويتخذه حرفة معتادة له، ولا يمكن تصنيف أعمال الطبيب ضمن الأعمال التجارية لا بحسب الموضوع ولا بحسب الشكل[(2)]، كذلك لا يجب أن يفسر حصول الطبيب على مقابل، أي على أتعاب على أنه تاجر، إنما تعتبر مقابل الجهد المبذول من طرفه فقط، وليس لغرض تحقيق الربح الذي يعتبر هدف كل تاجر، فيمنع القانون أن يكون الهدف من العمل الطبي، تحقيق الأرباح[(3)]، فقد نصت المادة 20 من م.أ.ط عما يلي:

---

[1]- يزيد دلال، عبد الجليل مختاري ، مرجع سابق، ص 62.

[2]- المواد 1، 2، 3 من الأمر رقم 75-59، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، معدل ومتمم.

[3] -MM. (HANNOUZ) -AR. (HAKEM), Op.cit. p 37.

" يجب أن لا تمارس مهنة الطب وجراحة الأسنان ممارسة تجارية، وعليه يمنع كل طبيب أو جراح أسنان من القيام بجميع أساليب الإشهار المباشرة أو غير المباشرة ".

د - العقد الطبي عقد ملزم للجانبين وقابل للفسخ

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقدين التزامات متقابلة ومرتبطة ببعضها البعض[1]، فيلتزم الطبيب بعلاج المريض وبذل العناية اللازمة في ذلك، وبالمقابل يقع على عاتق المريض الالتزام بمد الطبيب كافة المعلومات المتعلقة بحالته الصحية، ويلتزم كذلك بدفع ثمن العلاج[2].

يعتبر الفسخ الجزاء الذي يرتبه القانون على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به[3]، ولقد نصت المادة 119 من ق.م.ج عما يلي:

" في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الأخر بعد اعذراه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...".

إذا كان العقد الطبي من العقود التي يراعى فيها الاعتبار الشخصي، كون العلاقة بين المريض والطبيب تقوم على أساس الثقة التي يضعها الأول في الثاني، فيكون بذلك للمريض وفي أي وقت أن ينهي العقد، ذلك أن ثقة المريض في طبيبه لا يلزم توافرها عند إبرام العقد فحسب، وإنما يجب أن تستمر هذه الثقة طوال مدة العلاج، فإذا فقد المريض ثقته الطبيب في أي وقت كان له أن يفسخ العقد، دون حاجة إلى إبداء الأسباب التي أدت به إلى الفسخ، فيكفي أن يكون المريض قد فقد ثقته في الطبيب[4].

يمكن بالمقابل أن يقوم الطبيب بفسخ العقد، إذا ما أخل المريض بالتزاماته تجاهه[5]، فيمكن للطبيب فسخ العقد إذا اكتشف أن المريض الذي كان يعالج عنده، يعالج في نفس

---

[1]- المادة 55 من ق.م.ج تنص عما يلي:

" يكون العقد ملزما للطرفين، متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا".

[2] -MM. (HANNOUZ) - AR. (HAKEM), Op.cit. p 35.

[3]- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام...، مرجع سابق، ص37.

[4]- د/ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 25.

[5]- كريم عشوش، مرجع سابق، ص 22.

الوقت عند طبيب أخر خفية منه، أو أن المريض أدلى له بمعلومات خاطئة قصد تضليله، لكن لا يحق له فسخ العقد والامتناع عن العلاج في حالة الضرورة والاستعجال التي يتواجد فيها المريض، وهذا ما أكدت عليه المادة 10 من م.أ.ط.

ه- العقد الطبي عقد معاوضة ومستمر

يعتبر عقد المعاوضة العقد الذي يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما يعطي[1]، فالطبيب بمقابل تقديمه للعلاج سواء الدوائي أو إجراء العملية الجراحية، والنصائح والإرشادات اللازمة للمريض، ويلتزم هذا الأخير بالمقابل بدفع الأتعاب له.

يعتبر العقد الطبي من العقود الزمنية التي يكون فيها عنصر الزمن عنصرا جوهريا، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائما بالزمن، فالعلاج يتطلب مهلة أو مدة معينة قصد بلوغ الهدف المنتظر من المريض تحقيقه، الذي هو الشفاء، وبالتالي لا ينتهي العقد بمجرد الفحص الطبي، إنما يمتد إلى غاية نهاية العلاج، وإلى فترة ما بعد العلاج أي مرحلة الرقابة الطبية.

ثانيا: أن يكون المضرور هو المريض

يشترط لقيام مسؤولية الطبيب العقدية أن يكون من أصابه الضرر هو المريض فقط، بناء على ذلك فإذا كان المصاب شخص أخر غير المريض كما لو كان مساعد الطبيب المصاب بجرح إثر التدخل الجراحي لما جاز الإستناد إلى العقد[2]، كذلك الشأن لو أصيب أحد زوار المريض بضرر من جراء عمل قام به الطبيب، فإن مسؤولية هذا الأخير تكون مسؤولية تقصيرية، لكون عقد العلاج الذي يربط بين المريض والطبيب لا يتضمن مثل هذه الالتزامات، إذ يستمد هذا الشرط أساسه من أن أثار العقد تقتصر على أطرافه المتعاقدة كأصل عام، عملا بمبدأ الأثر النسبي للعقد[3].

---

[1]- د/ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 64.

[2]- د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، مرجع سابق، ص 111.

[3]- د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 395.

ثالثا: نشوء ضرر نتيجة إخلال بالتزام عقدي

لكي تتحقق المسؤولية العقدية للطبيب لا بد أن يكون الضرر الذي لحق بالمريض قد نشا عن الإخلال بالتزام عقدي، بمعنى أن يكون خطأ الطبيب نتيجة لعدم تنفيذ التزام ناشئ عن عقد العلاج، في حين أنه إذا كان الخطأ المنسوب للطبيب لا يمت بصلة إلى الرابطة العقدية، فتكون مسؤولية الطبيب تقصيرية[1]، فالخطأ العقدي المتمثل في عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد، هو المنشئ للمسؤولية المدنية العقدية التي تعد الأصل في المسؤولية الطبية.

تجدر الإشارة إلى أنه لا خلاف على أن المريض الذي تلحقه أضرار نتيجة إخلال بالتزام عقدي يلجأ إلى استعمال قواعد المسؤولية العقدية لمواجهة الطبيب المحدث للضرر ، وذلك لأن الطبيب ارتبط مع مريضه بعقد والتزم بمعالجته وبذل عناية صادقة ويقظة في ذلك، كما أنه التزام بأداء عمله وفق الأصول المتعارف عليها في مهنة الطب يسأل على أساس المسؤولية العقدية، فهل قيام العقد الطبي بجميع المواصفات والشروط السابق ذكرها بين الطبيب والمريض يحجب إمكانية اللجوء إلى استعمال المسؤولية التقصيرية فيما لو تجمعت مقوماتها؟ بمعنى أخر هل يجوز للمريض الخيار بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية أم أن أحكام أحدهما ألزم من الأخرى؟[2].

---

[1]- د/ طلال عجاج، مرجع سابق، ص71.

[2]- يستند أنصار جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، الذي يتزعمه الفقهاء " بلانيول" و " تاليسر"، إلى حجج مفادها أن أحكام المسؤولية التقصيرية قائمة وموجودة قبل التعاقد بين الطرفين، وتسري على المتعاقدين قبل أن يتعاقدا ، فسواء أقرها العقد أم لا فإن المخل بها يساءل، فدور العقد يقتصر فقط على إضافة التزامات جديدة دون استبعاد أو إلغاء أحكام المسؤولية التقصيرية لأنها من النظام العام. د/ علي علي سليمان، مرجع سابق، ص ص 124-126. غنيمة قنيف، مرجع سابق، ص 146.

أما أنصار عدم جواز الخيرة بين نظام المسؤولية العقدية ونظام المسؤولية التقصيرية، ومن بينهم الفقهاء " جيسران "و" ديموج "و" مازوني"، فيرون وجود فروق كثيرة بين المسؤوليتين، إذ أن أحكام المسؤولية العقدية موجهة إلى طرفين تربطهما علاقة عقدية، أما أحكام المسؤولية التقصيرية فهي موجهة إلى طرفين لا صلة عقدية بينهما، لذا فمساءلة الشخص على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية هو إخضاعه لنظام وقواعد أشد مما إختاره، إذ يمكن أن يتفق الطرفين على الإعفاء من المسؤولية، فلا يجوز للدائن الرجوع إلى قواعد المسؤولية التقصيرية ليضمن لنفسه ما لا يستطيع ضمانه طبقا لقواعد المسؤولية العقدية. د/ محمود جلال حمزة، مرجع سابق، ص 15.

فقيام العقد بين المريض والطبيب يعتبر حاجبا لقيام مسؤوليته التقصيرية. د/ محمد رايس، المسؤولية المدنية ...، مرجع سابق، ص 398.

يعتبر الأخذ بمبدأ الخيرة بين المسؤوليتين في المجال الطبي أمر مبرر ذلك أن الخطأ المهني مستقل عن العقد الذي أبرمه الطبيب ، وأن التزام هذا الأخير به ليس مصدره العقد فقط وإنما هو موجود بدونه، أضف إلى ذلك أن مهنة الطب هي وظيفة اجتماعية تفرض واجبات خاصة على صاحبها تجعل الإخلال بأحكامها إخلال بالنظام العام تتجاوز حدود العقد[1].

[1]- عز الدين حروزي، مرجع سابق، ص 113.

خاتمة

يبقى العمل الطبي من الأعمال المباحة بالرغم من أنه ينطوي في كثير من الأحوال على المساس بسلامة الجسم، تجيزه النصوص التشريعية التي رخصت للطبيب مباشرة ذلك العمل لكن بشروط خاصة ومحددة، فيجب أن يكون الهدف من التدخل الطبي علاج المريض وشفاءه بعد أخذ موافقته ورضاه المتبصر في غير حالة الضرورة، بإتباع الطبيب الأصول العلمية الحديثة والمستقرة في مجال الطب، المتعارف عليها نظريا وعمليا بين أسرة الأطباء.

إن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى أغفل الإشارة إلى الخطأ الطبي سواء في القانون المدني والقوانين المتعلقة بالصحة ومهنة الطب وأن هذه الأخيرة اقتصرت فقط على تحديد واجبات والتزامات الطبيب مما يجعلها غير مجدية في مجال المسؤولية الطبية.

تبدو أهمية موضوع خطأ الطبيب أثناء التدخل الطبي لاتصاله بحياة الإنسان وسلامة جسده، كان لزاما على المشرع الجزائري أن يضع صراحة في مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة، نصوص قانونية تهتم بأخطاء الأطباء، التي تعتبر كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت قيامه بالعمل الطبي أو إخلاله بواجبات الحيطة واليقظة التي يفرضها القانون، وأن يبين عناصره المتمثلة في خروج الطبيب عن القواعد والأصول الطبية من جهة، وإخلاله بواجبات الحيطة والحذر، لأن نص المادة 124 من ق.م.ج أتى عاما لا يكفي تطبيقه لتحديد الخطأ كركن من أركان المسؤولية الطبية.

ساهم الخطأ الطبي إلى حد كبير في تطور المسؤولية الطبية نظرا لأهميته ودوره الأساسي في قيامها، حيث أصبح الطبيب يسأل عن كل خطأ يصدر منه مهما كانت درجته جسيما كان أم يسيرا، عاديا كان أو فنيا، والذي لا نجده في القواعد العامة وأغفلته القواعد الخاصة، إذ يعود الفضل في ترسيخ قواعد المسؤولية الطبية للقضاء الفرنسي لما كان للمسؤولية الطبية تطبيق في هذا المجال، وهذا ما زاد من وعي المريض حيث أصبح

يطالب بعلاج أكثر دقة وحذر، ولا يتردد في وضع الطبيب عند مسؤوليته، كلها تطورات تدل على ضرورة إعطاء حماية أكثر للمريض، باعتباره طرف ضعيف يسلم أمور جسده لطبيب محترف عارف بأمور الطب.

يتبين أن الأخطاء الطبية تنحصر في صورتين، تتمثل الأولى في الأخطاء التي تنجم عن إخلال الطبيب بالتزاماته تجاه المريض، فيقع على عاتق الطبيب إعلام المريض بنوع التدخل الذي سوف يقوم به على جسده، ونوع العلاج المقترح ومخاطره ومحاسنه، والبدائل العلاجية اللازمة والمتاحة، ويتحصل على رضاه المتبصر، لأن للمريض حرية الاختيار بين قبول أو رفض التدخل الطبي احتراما للحق في معصومية الجسد، إلا أنه كثيرا ما يخطأ الأطباء ويخلون بهذا الالتزام الجوهري فإن كان هناك قانون يلزمهم بذلك كمدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة، إلا أن هذه القوانين خالية من الجزاءات المترتبة في حالة الإخلال بالتزاماتهم، خاصة وأن الأمر يتعلق بموضوع حساس محله الكيان الجسدي للإنسان، وهو أثمن ما يملكه.

لم تنظم القواعد العامة الجزاء المترتب عن عدم الإعلام أو تخلف رضا المريض، فهذا قصور قانوني من جهة وإجحاف في حق المريض من جهة أخرى، الذي يجد نفسه يسلم أمور جسده لطبيب مهني دون أن يعلمه بالعمل الطبي الذي يقوم به، وفي حالة تضرره فما عليه إلا الاستناد إلى القواعد العامة، التي لا توفر له حماية كاملة.

إن توسيع مجال الخطأ الطبي ليشمل كل إحجام عن إعلام المريض بطبيعة التدخل الطبي ونتائجه المتوقعة أو أي نقص في ذلك أو في نصح المريض وإرشاده، أمر أوقع على الطبيب التزاما بأن يكون متتبعا لمستجدات وتطورات علم الطب حتى يستطيع أن يوفي بالتزامه بإعلام المريض، ضف إلى ذلك أنه أمر فيه فائدة في التكوين العلمي للطبيب، مما يساهم في تقدم الخدمات العلاجية في الدولة، ويساعد في قيام الثقة بين الطبيب ومريضه، وهي في رأينا جزء مهم في العلاج.

وتكمن الصورة الثانية في الأخطاء الفنية التقنية التي يرتكبها الطبيب أثناء التدخل الطبي العلاجي أو الجراحي، وهي أكثر الأخطاء حدوثا في الواقع العملي، وترجع الغالبية

العظمى لهذه الأخطاء إلى الجهل الطبي والجهل بالقانون، كما أن عدم وجود نصوص قانونية خاصة في قوانين مزاولة مهنة الطب، يلتزم كل طبيب العلم بها وتطبيقها، وهو سبب تهورهم وعدم احتياطهم، لأن تحديد أنواع الأخطاء الطبية ودرجاتها وجزاء الإخلال بها سيجعله يقظا ويتوخى الحذر أثناء كل خطوة من خطوات التدخل الطبي، خاصة الجراحي منه نظرا لخطورته.

كما أغفل المشرع الجزائري أن ينص في القوانين الخاصة بمزاولة الطب عن نظرية فوات الفرصة في المجال الطبي، فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة،لضمان حماية أكثر للمرضى، وهو ما لم تتضمنه حتى القواعد العامة، وإن تضمنت الصور الأخرى للضرر، فمن أجل تفادي تهرب الطبيب من خطئه الثابت، وتحمل المريض لنتائج للتدخل الطبي الضار والشك الذي يهيمن على رابطة السببية بين الخطأ والضرر النهائي، فلا بد من استحداث نص قانوني مفاده أن كل خطأ طبي ولو لم يثبت أنه سبب للضرر النهائي، فهو على الأقل يعتبر سببا مباشرا وأكيدا لضرر فوات الفرصة في الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

لا بد من التذكير، ما للخبرة الطبية من دور هام وأساسي في بيان طبيعة الأخطاء الطبية، والتي تعد من الوسائل التي يلجأ إليها القاضي كلما تعلق الأمر بأخطاء طبية فنية تخرج عن نطاق تكوينه ودرايته، لذا مهمة الطبيب الخبير هي إنارة المحكمة وإثبات إخلال وتقصير أو إهمال الطبيب المعالج في أداء عمله الطبي أثناء تدخله على جسم المريض، فلا بد من تكوين أطباء خبراء في كل تخصص.

اللجوء إلى الخبرة يعتريه صعوبات عديدة، لما يحوم حولها من شكوك في مصداقيتها يكون مرده ذلك التضامن بين الأطباء، على نحو قد يسمح بتعاضي الخبير عن أخطاء زميله الطبيب محل المساءلة أو إيجاد مبرر له، والخبير هو من ذات الوسط الطبي، تقوم بينه وبين الطبيب المخطئ علاقة زمالة، لذا فالخبرة على وجه التحديد تعاني من نظرة الشك عليها، فهؤلاء الخبراء الذين يمكن الاستعانة بهم من طرف القضاء لتقييم مسلك الطبيب أو الجراح هم في النهاية زملاء المهنة، يشعرون بالتضامن بينهم، مما يؤدي إلى

إيجاد ذرائع للإفلات من المسؤولية، وعلى هذا لا بد للقاضي أن يحدد المهمة المسندة لهم، وأن يأمر بخبرة مضادة، وعلى المشرع أن يجد وسيلة للحفاظ على حياد الخبير.

تجدر الإشارة إلى أنه لا بد من الاهتمام أكثر بسلطة وبدور المجلس الوطني للأطباء في مجال مراقبة هؤلاء، وتشخيص الأخطاء الطبية المرتكبة منهم، لمعرفة المصدر الأساسي لهذه الأخطاء، ويعتبر هذا المجلس، الجهة الأولى المعنية بالنظر في الشكاوى المرفوعة من المرضى ضحايا الأخطاء الطبية، وفي نفس الوقت هي الجهة الممثلة للأطباء، ضف إلى ذلك عليه القيام بمراقبة دائمة لأطباء المستشفيات العامة والعيادات الخاصة.

إن القول بوجود قواعد عامة تنظم الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية غير كاف، فإذا كانت هذه القواعد يمكن تطبيقها على البائع أو الناقل أو المستأجر، فمن غير المعقول أن تطبق على المريض والطبيب، فمحل العقد ليس ببضاعة أو عين مؤجرة، بل جسد الإنسان، الذي قدسته الشريعة الإسلامية والتشريعات والقوانين الدولية، كما أن المجال الطبي ليس كغيره من المجالات الأخرى، بل يمتاز بخصوصية أن المريض هو طرف في العلاقة مع الطبيب، وهو أيضا محل لهذه العلاقة.

حان الوقت على المشرع الجزائري أن يضع قانون طبي، يبين فيه التزامات الطبيب وحقوق المرضى، وطبيعة المسؤولية الناجمة عن خطأ الطبيب، هل هي مسؤولية عقدية وبالتالي سيكون قد حذا حذو القضاء الفرنسي، ويبين الحالات التي تكون فيها مسؤولية الطبيب تقصيرية.

حسنا فعل القضاء الفرنسي، الذي جعل مسؤولية الطبيب عقدية كمبدأ عام، وتقصيرية في حالات استثنائية، وهذا الاتجاه الجديد للقضاء الفرنسي، يخدم مصلحة المريض، فجعل مسؤولية الطبيب عقدية تمنح للمريض عدة مزايا، من بينها التقادم الطويل لدعوى المسؤولية العقدية مقارنة مع دعوى المسؤولية التقصيرية، وكذا تطبيق فكرة التضامن.

كما يجب عليه أن يعدل من مدونة أخلاقيات الطب وقانون الصحة اللذان أصبحا جامدين بالمقارنة مع التطور الذي عرفه مجال التدخل الطبي، أدى إلى تنوع وكثرة

الأخطاء الطبية، وبالتالي عليه مواكبة التطور القضائي الحاصل في الدول المتطورة، لاسيما الفرنسي منه، فنرى كذلك أن يجعل النصوص القانونية تتكيف مع الواقع خاصة مع التطور العلمي الذي حققه ميدان الطب، وأن يحرص في ذلك على توازن بين طرفي العلاقة الطبية المريض والطبيب، فهما كفتين جديرتين بالحماية.

يجب على كل طبيب أن يلم إلماما كافيا بالقوانين واللوائح لان الجهل لا يعفي من المسؤولية، لذلك نرى من الضروري أن يتم تدريس القانون الطبي في كليات الطب، ولا يمكن للطبيب الممارس أن يرفض ذلك لأن عمله ذو صلة وثيقة بالقانون، هذا الأخير هو الذي يحكم وينظم العلاقة بينه وبين المريض، والهدف الأساسي من كل هذا هو ضرورة توعية الأطباء والقائمين بالعمل الطبي بالواجبات والالتزامات التي تفرضها القوانين واللوائح التي تنظم هذه المهنة الإنسانية.

نرى أهمية الاهتمام أكثر بنظام التأمين على الأطباء عن أخطائهم المهنية التي تعرضهم للمساءلة، وهذا النظام يستفيد منه الطبيب، كما يستفيد منه المريض المتضرر الذي سيحصل على كامل التعويض، والسبب الذي دفع إلى طرح هذا الحل هو تفادي المخاطر القانونية الكثيرة التي أصبحت تحيط بمهنة الطب وبالأطباء وتفادي إرتفاع عدد الدعاوى ضد الأطباء، وهذا من شأنه أن يؤدي بالطبيب إلى تأدية مهامه بكل حرية وإستقلال، وعدم الخوف من مخاطر المسؤولية التي تحيط بممارسة المهنة، كما أنها تؤمن المريض من أضرار الطبيب، وتعوض عليه ما لحقه من ضرر ولا يضيع عليه حقه.

في الأخير يمكن القول أنه لا بد أن يكون القانون والقضاء الجزائريين أكثر صرامة ووضوح في مجال التعويض هذا من جهة، من جهة أخرى لا يجب المبالغة في مسؤولية الطبيب، وننسى المجهودات التي بذلها ومازال يبذلها الطبيب في سبيل علاج المرضى، والنجاحات التي حققوها في تخفيف الالام وإنقاذ العديد من الأرواح.

قائمة المراجع

باللغة العربية

المصحف الشريف

أولا: كتب

1. **د/ إبراهيم علي حمادي الحلبوسي**، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2007.
2. **د/ العربي بلحاج**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، الواقعة القانونية، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون،الجزائر،2007.
3. **د/ أحمد حسن الحياري**، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني والنظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
4. **د/ أحمد شرف الدين**، مسؤولية الطبيب، مشكلات المسؤولية المدنية في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقضاء الكويتي والمصري والفرنسي،(د د ن)، (د ب ن)، 1986.
5. **د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان**، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
6. **د/ أحمد محمد كنعان**، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000.
7. **د/ أحمد محمود سعد**، مسؤولية المستشفى الخاص عن أخطاء الطبيب ومساعديه الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
8. **د/ أسامة عبد الله قايد**، المسؤولية الجنائية للأطباء، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة،1987.

9. **د/ أسعد عبيد الجميلي**، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
10. **د/ أمير فرج يوسف**، خطأ الطبيب من الناحية الجنائية والمدنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.
11. ـــــــــــــــ، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2008.
12. **د/ بابكر الشيخ**، المسؤولية القانونية للطبيب، دراسة في الأحكام العامة لسياسات القوانين المقارنة واتجاهات القضاء، الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2002.
13. **د/ بهاء بهيج شكري**، التأمين من المسؤولية في النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
14. **د/ جابر محجوب علي**، دور الإرادة في العمل الطبي، دراسة مقارنة، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2000.
15. **د/ حسن صلاح الصغير عبد الله**، مدى مشروعية الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
16. **د/ حسن علي الذنون**، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
17. ـــــــــــــــ، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الضرر، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2006.
18. **د/ حسين طاهري**، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دراسة مقارنة، الجزائر- فرنسا، دار هومة، الجزائر، 2008.
19. **د/ رمضان جمال كامل**، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2005.

20. **د/ زينة غانم يونس العبيدي**، إرادة المريض في العقد الطبي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
21. **د/ سعيد سعد عبد السلام**، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
22. **د/ سعيد مقدم**، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي في المسؤولية المدنية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1992.
23. **د/ سمير عبد السميع الأودن**، مسؤولية الطبيب الجراح طبيب والتخدير ومساعديهم، مدنيا، جنائيا، إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
24. **د/ سميرة عايد الديات**، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999
25. **د/ شريف الطباخ**، جرائم الخطأ الطبي والتعويض عنها في ضوء الفقه و القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
26. **د/ شمس محمود زكي**، المسؤولية التقصيرية للأطباء في التشريعات العربية (المدنية والجزائية)، مؤسسة عبور للطباعة، دمشق،1999.
27. **د/ طلال عجاج**، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004.
28. د/**عاطف النقيب**، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، الطبعة الثالثة، منشورات عويدات (بيروت- باريس) وبين ديوان المطبوعات الجامعية (الجزائر)، 1984.
29. **د/عبد الحكيم فودة**، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دراسة تحليلية عملية في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الالفى، الإسكندرية، 1995.
30. **د/عبد الحميد الشواربي**، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.

31. **د/عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 18.

32. ـــــــــــــــــــ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.

33. ـــــــــــــــــــ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

34. **د/عبد الرشيد مأمون**، عقد العلاج بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

35. **د/عبد الفتاح بيومي حجازي**، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.

36. **د/ عبد الكريم مأمون**، حق الموافقة على الأعمال الطبية و جزاء الإخلال به، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.

37. ـــــــــــــــــــ، رضا المريض على الأعمال الطبية والجراحية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

38. **د/عبد اللطيف الحسيني**، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، الشركة العالمية للكتاب، لبنان، 1987.

39. **د/عز الدين الدناصوري**،**عبد الحميد الشواربي**، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه القضاء، الطبعة الخامسة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.

40. **عز الدين حروزي**، المسؤولية المدنية للطبيب أخصائي الجراحة في القانون الجزائري و المقارن (دراسة مقارنة)، دار هومة، الجزائر، 2008.

41. **د/ علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993 .

42. **د/ علي عصام غصن**، الخطأ الطبي، منشورات الزين الحقوقية، (د.د.ن)، 2010.

43. **د/ علي فيلالي**، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر،2010.

44. **د/ محمد السعيد رشدي**، الخطأ غير المغتفر، "سوء السلوك الفاحش المقصود"، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2008.

45. **د/ محمد حسن قاسم**، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

46. **د/ محمد حسين منصور**، المسؤولية الطبية، الطبيب-الجراح- طبيب الأسنان الصيدلي - التمريض - العيادة والمستشفى - الأجهزة الطبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

47. **د/ محمد رايس**، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة الجزائر،2007.

48. **د/ محمد سامي الشوا**، الخطأ الطبي أمام القضاء الجنائي، دراسة مقارنة، دارالنهضة العربية، مصر، 1993.

49. **د/ محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

50. **د/ محمد يوسف ياسين**، المسؤولية الطبية، مسؤولية المستشفيات والأطباء والممرضين قانونا- فقها – اجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.

51. **د/ محمود القبلاوي**، المسؤولية الجنائية للطبيب، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.

52. **د/ محمود جلال حمزة**، العمل غير المشروع باعتباره مصدرا للالتزام، دراسة مقارنة بين القانون المدني السوري والقانون المدني الجزائري والقانون المدني الفرنسي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986.
53. **د/ مصطفى العوجي**، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
54. **د/ منذر الفضل**، المسؤولية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان الأردن، 1995.
55. ـــــــــــــــ، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1996.
56. **د/ منصور عمر المعايطة**، المسؤولية المدنية و الجنائية في الأخطاء الطبية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2004.
57. **د/ منير رياض حنا**، المسؤولية الجنائية للأطباء والصيادلة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
58. ـــــــــــــــ، الخطأ الطبي الجراحي في الشريعة الإسلامية و القوانين العربية والأوربية والأمريكية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
59. ـــــــــــــــ، المسؤولية المدنية للأطباء والجراحين في ضوء الفقه والقضاء الفرنسي والمصري، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011 .
60. **د/ كريم عشوش**، العقد الطبي، دار هومة، الجزائر، 2007.
61. **د/هشام عبد الحميد فرج**، الأخطاء الطبية، الطبعة الثامنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

62. **د/ هشام محمد مجاهد القاضي**، الامتناع عن علاج المريض بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية مصر، 2007.

63. **د / ياسين محمد يحي**، الحق في التعويض عن الضرر الأدبي، دار النهضة العربية مصر، 1992.

64. **د/ يوسف سهيل الصويص**، مسؤولية الطبيب بين حقوق المريض ومتطلبات القانون الحديث،(د.د.ن)، عمان، الأردن، 2004.

ثانيا – رسائل و مذكرات جامعية

أ/ أطروحة الدكتوراه

* **د/نصر الدين مروك**، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، معهد الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 1996-1997.

ب/ مذكرات

1. **أسماء سعيدان**، التزام الطبيب بإعلام المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر 2000 -2001.

2. **حميدة حنين جمعة**، مسؤولية الطبيب والصيدلي داخل المستشفيات العمومية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع إدارة ومالية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، الجزائر، 2001

3. **سامية بومدين**، الجراحة التجميلية والمسؤولية المترتبة عنها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق بوخالفة، تيزي وزو،2011.

4. **سميرة لالوش**، الممارسة الطبية الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2004.

5. **غنيمة قنيف،** التزام الطبيب بالحصول على رضا المريض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق بوخالفة، تيزي وزو،2010.

6.**فاطمة عيساوي**، الحق في السلامة الجسدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004 .

7. **فريد عيسوس**، الخطأ الطبي والمسؤولية الطبية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002-2003 .

8. **منيرة جربوعة،** الخطأ الطبي بين الجراحة العامة و جراحة التجميل، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2001.

9- **نبيلة غضبان،** المسؤولية الجنائية للطبيب، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق بوخالفة، تيزي وزو، 2009.

10. **وائل تيسير محمد عساف،** المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2008.

ثالثا - مقالات:

1. **أحمد دغيش، عبد الرزاق بولنوار**، التزام الطبيب بإعلام المريض، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و10 افريل 2008، ص ص77-91.

2. **أحمد هديلي،** إستقلال القاضي في تقدير الأخطاء المرتبطة بالإنسانية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي

بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2005، ص ص 239-250.
3. ـــــــــــ، تباين المراكز القانونية في العلاقة الطبية وانعكاساته على قواعد الإثبات، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 أفريل 2008، ص ص56- 76.
4. **العيرج بورويس،** المسؤولية الجنائية للأطباء، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 ، ص ص 45-73.
5. **بوجمعة صويلح،** المسؤولية الطبية المدنية، المجلة القضائية، العدد الأول، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، الجزائر، 2001، ص ص 61-77.
6. **جاسم علي سالم الشامسي،** مسؤولية الطبيب والصيدلي، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، مداخلة ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص ص401 -436.
7. **زاهية حورية سي يوسف،** الخطأ الطبي في المسؤولية المدنية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، أيام 9 و 10 افريل 2008، ص ص11-24.
8. **صالح جميل،** طبيعة المسؤولية المترتبة عن الخطأ الطبي، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دارالهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، (د تا) ، ص ص 76-80.
9. **عبد الكريم بلعرابي ومحمد سعداوي،** الإعفاء من المسؤولية الطبية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود

معمري، تيزي وزو، أيام9 و10 أفريل 2008، ص ص179-188.

10. **عدنان إبراهيم سرحان،** مسؤولية الطبيب المهنية في القانون الفرنسي، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، مداخلة ضمن المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص ص121-253.

11. **عز الدين قمراوي،** مفهوم التعويض الناتج عن حالات المسؤولية الطبية في الجزائر الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر،(د تا) ، ص ص47-68.

12. **علي بداوي،** الالتزامات المهنية للطبيب في نظر القانون، الموسوعة القضائية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د ت، ص ص 29-45.

13. **قادة شهيدة،** التزام الطبيب بإعلام المريض، المضمون والحدود و جزاء الإخلال، الموسوعة القضائية الجزائرية، موسوعة الفكر القانوني، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، دار الهلال للخدمات الإعلامية، الجزائر، د ت ، ص ص 81-94 .

14. **ليندة عبد الله،** طبيعة التزام الطبيب في مواجهة المريض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد الخاص الأول، 2008، ص ص148-169.

15. **محمد بودالي،** القانون الطبي وعلاقته بقواعد المسؤولية الطبية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 9-39.

16. **محمد رايس**، نحو مفهوم جديد للخطأ الطبي في التشريع الجزائري، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، قسم الوثائق، 2008، ص ص 65-118.
17. **محمد فتاحي**، الخطأ الطبي والمشكلات التي يثيرها في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 87-98.
18. **محمد هشام القاسم**، الخطأ الطبي في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت الكويت، 1979، ص ص 7-17.
19. ــــــــــــــــــــ، المسؤولية الطبية من الوجهة المدنية، مجلة الحقوق و الشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، الكويت 1979، ص ص 79-94.
20. **مراد بن صغير**، المسؤولية الطبية وأثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص 41-57.
21. ــــــــــــــــ، مدى التزام الطبيب بإعلام المريض، دراسة مقارنة، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الخاص الأول، كلية الحقوق،جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2008 ، ص ص 170-207.
22. **مصطفى محمد الجمال**، المسؤولية المدنية عن الأعمال الطبية في الفقه و القضاء، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، المجموعة المتخصصة في المسؤولية القانونية للمهنيين، الجزء الأول، المسؤولية الطبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004، ص ص85-118 .

23. **منصور مصطفى منصور**، حقوق المريض على الطبيب، مجلة الحقوق والشريعة، العدد الأول، السنة الثالثة، كلية الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، الكويت، 1979، ص ص 11-25.
24. **وفاء شيعاوي**، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، الملتقى الوطني حول المسؤولية الطبية، المنظم بكلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو أيام 9 و 10 أفريل 2008، ص ص256-274.
25. **يزيد دلال وعبد الجليل مختاري**، المسؤولية المدنية عن الأخطاء الطبية، مجلة العلوم القانونية الإدارية، العدد الثالث، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، مكتبة الرشاد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص ص59 -72.

رابعا - نصوص تشريعية وتنظيمية:

أ/ نصوص تشريعية:

1. **أمر رقم 66-155** مؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لــ 8جوان سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر عدد 48، السنة الثالثة مؤرخة في 19 صفر 1386 الموافق لــ10 جوان 1966، معدل ومتمم.
2. **أمر رقم 75-58** مؤرخ في 20 رمضان 1395هــ الموافق لــ 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر عدد 78، السنة 12، مؤرخة في 24 رمضان 1395 الموافق لــ30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
3. **قانون 84-11** مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لــ 9 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، ج.ر عدد 24، السنة 21، مؤرخة في 12 رمضان 1404 الموافق لــ12 جوان 1984، معدل ومتمم.

4. **قانون رقم 85-05** مؤرخ في 26 جمادى الأول عام 1405 الموافق لـــ16 فبراير سنة 1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 8 الصادرة في 17 فبراير سنة 1985، معدل ومتمم.

5. **قانون 90-11** مؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـــ 21 أفريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر عدد 17، السنة 27، مؤرخة في 1 شوال 1410 الموافق لـــ25 أفريل 1990، معدل ومتمم.

6. **قانون رقم 90-17** مؤرخ في 9 محرم 1411هـــ الموافق لـــ 31 يوليو1990، يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير سنة1985، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر عدد 35 الصادرة في 15 غشت لسنة 1990.

7. **قانون رقم 08-09** مؤرخ في 18 صفر 1924، الموافق لـــ 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر عدد 21، الصادرة في23 فيفري 2008.

ب/ نصوص تنظيمية:

1/ مرسوم تنفيذي رقم 88-204 مؤرخ في 18 أكتوبر 1988، يحدد شروط إنجاز العيادات الخاصة وفتحها وعملها، ج.ر عدد 42 لسنة 1988.

2/ **مرسوم تنفيذي** رقم 91-106 مؤرخ في12 شوال1411الموافق لـــ27 أفريل 1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالممارسين الطبيين والمتخصصين في الصحة العمومية، ج. ر عدد 22 الصادرة في 15 مايو لسنة 1991.

3/ **مرسوم تنفيذي رقم** 91-471 مؤرخ في 30 جمادى الأولى عام 1412الموافق لـــ07 ديسمبر1991، يتضمن القانون الأساسي الخاص بالأطباء المتخصصين الإستشفائيين الجامعيين، ج. ر عدد66 لسنة 1991.

3-مرسوم تنفيذي رقم 92- 276 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق لـــ 06 يوليو 1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر عدد 52 الصادرة في 08 يوليو1992.

باللغة الفرنسية

1. Ouvrages :

1. AKIDA M, La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie générale de droit et de la jurisprudence, Paris, 1994.

2. BOYER CHAMMARD Georges, MONZEIN Paul, La responsabilité médicale, Presses universitaires de France, France, 1974.

3. DORSNER DOLIVET Annick, la responsabilité du médecin, Ed ECONOMICA, paris, 2006.

4. **FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc**, Les obligations, Le fait juridique, ARMAND COLIN, Paris, 1997.

5. FLOUZAT AUBA Marie-Dominique, TAWIL Sami-Paul, Droits des malades et responsabilité des médecins, mode d'emploi, marabout (Hachette livre), Italie, 2005.

6. HANNOUZ MM, HAKEM AR, Précis de droit médical a l'usage des praticiens et de la médecine et du droit**,** Office des publications universitaires, Ben-Akenoun, Alger, 1993.

7. HUREAU J, POITOUT D, l'expertise médicale en responsabilité médicale et en réparation d'un préjudice corporel, 2eme édition, MASSON, Paris, 2005.

8. **JOURDAIN Patrice,** Les principes de la responsabilité civile, 5 [eme] édition, DALLOZ, paris, 2000.

09. **LE TOURNEAU Philippe**, La responsabilité civile professionnelle 2[eme] édition, Dalloz, Paris, 2005.

10. **MALICIER D, MIRAS A**, **FEUGLET P, FAIVRE P,** La responsabilité médicale, données actuelles, Ed ESKA, Paris, 1999.

11. **PENNEAU Jean,** La responsabilité du médecin, 3[eme] édition, DALLOZ, paris, France, 2004.

12. ———————— Faute civile et faute pénale en matière de la responsabilité médicale, presses universitaires de France, paris, 1975.

13. **PENNEAU Michel**, Le défaut d'information en médecine (Analyse de l'arrêt de la cour d'appel d'Angers, 11 septembre 1998), Dalloz., n°3, 1999.

14. **TERKI Nour-Eddine,** Les obligations, responsabilité civile et responsabilité générale, Office des publications universitaires, Alger, 1982.

2- MEMOIRES

1. **BENCHEKROUN Kawtar,** Les droits du patient au Maroc : quelle protection ?, Master en droit médical, Faculté des sciences juridiques économiques et sociales de salé, Université Mohamed V, Maroc, 2009.

2. BONNINGUES Virginie, Naissance et vie préjudiciable de l'enfant au regard de la responsabilité médicale**,** D.E.A en droit privé, Université LILLE II, Paris, 2000 et 2001.

3-Articles

1. **AUBY Jean-Marie**, La responsabilité médicale en France, In revue internationale de droit comparé, V.28, N°3, juillet-septembre 1976, pp511-529.

2. ALBERT Nathalie, Obligation d'information médicale et responsabilité, communication présenté lors du colloque sur « les nouveaux chantiers de la responsabilité », organisé a la faculté de droit de Paris XII-Saint-Maur, les 2et 3 mars 2000, Revue française de droit administratif, N° 2, Dalloz, Paris, Mars- Avril 2003, pp 353-361.

3. BACACHE-GIBELLI Mireille, L'obligation d'information du médecin sur les risques thérapeutiques, pp1-6, Centre de Documentation Multimédia en Droit Médical. Voir sur : www.univ-paris5.fr/ cddm/index.php.

4. BEN CHABANE Hanifa, Le contrat médical met à la charge du médecin une obligation de moyens ou de résultat, In revue algérienne de sciences juridique et politique, Université d'Alger, n°4, 1995, pp765-777.

5. BISMUTH Serge, POUTRAIN Jean Christophe, et autres, La loi Kouchner en médecine générale : le dossier d'abord ?, in

Revue Exercer, N° 79, Toulouse, septembre-octobre 2006, pp112-115.

6. **CAPRI Servane**, Regards sur la causalité (A propos de l'arrêt Quarrez du conseil d'état et de l'arrêt Perruche de la cour de cassation), Les Petites Affiches, N° 114, 8 juin 2001, pp 12-19.

7. **GOBERT Michelle**, la cour de cassation méritait-elle le pilori ? **(**A propos de l'arrêt de l'assemblée plénière du 17 novembre 2000**)**, L.P.A, n°245,8 décembre 2000, pp 4-8.

8. **HARICHAU-RAMU Michèle,** Responsabilité du médecin, Principes généraux, Fasc. 440-1, Editions Techniques, Juris-classeurs, 1993, pp 1-19.

9.———————————— **,** Responsabilité du médecin, Fautes de technique médicale, Juris-Classeurs, V4, Fasc.440-5, Edition Techniques, paris, 1993, pp1-23.

10. **KACHER Abdelkader**, Une réflexion sur le principe de précaution appliquée a la médecine : Quelques notes sur son approche en droit français et algérien, Colloque national sur la responsabilité médicale, Organisé par la faculté de droit, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 9 et 10 avril 2008**,** pp1-14.

11. **LE GEUT-DEVELAY M**, La responsabilité médicale, 15 septembre 1998, Rennes cedex, France pp 1-3. Voir : file:// C\.ITEMS INTERNAT MARJORIE/ Analyse d'articles, épidémiologie/ Module.

12. **NICOL Pierre**, Faute médicale : Preuve par présomption de fait et exonération, In revue de droit de l'université de Sherbrooke, N° 27, 1996, 1997, pp 143-169.

13. **PENNEAU Jean**, La reforme de la responsabilité médicale : responsabilité ou assurance, in revue international de droit comparé, V42, N° 2, Avril- Juin, 1990, pp525-544.

14. **PETON P**, Le contrat médicale, pp 1-3. voir : http// helios.univ-reims.fr/UFR/ Médecine/fms/Cours/Capacité.

15. **PETITPIERRE Gilles**, LA Responsabilité de droit privé du médecin : Aperçu du droit suisse, in revue international de droit comparé, V28, N°3, Juillet - Septembre 1976, pp 567-577.

16. **PORCHY Stéphanie**, lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D., n°40 du 12 nov. 1998, rub. Chron, pp.379-384.

17. **SARGOS Pierre,** Information du patient et consentement aux soins, Droit médical et hospitalier, N° 30, Fasc. 9, Litec, Juillet 2008, pp 1-33.

18. **SAVATIER René**, La responsabilité médicale en France (Aspects de droit privé), in revue international de droit comparé, V28, N°3, Juillet -Septembre 1976, pp 493-510.

19. **YOUNSI-HADDAD N,** La responsabilité médicale des établissements hospitaliers, Revue Idara, V.8, N° 2, 1998, pp 9-45.

4. Textes juridiques :

A. Codes

1. LUCAS André, **code civil français**, 24eme édition, Litec, paris, 2005.

2. Code de la santé publique, Les éditions des journaux officiels, Paris, décembre 2003.

3**. Code de déontologie médicale français**, figurant dans le code de la sante publique sous les numéros R.4127-1 a R.4127-112 (mise a jour du 14 dec-2006).

B- Lois

- **Loi n° 2002-303** du 4 mars 2002, relative au droit des malades et la qualité du système de santé, j.o.r.f du 5 mars 2002, www.legreFrance.gov.fr.

5- jurisprudence judiciaire Française

-Cass. 1ere civ, 20 mai 1936.voir sur : www. Droit. univ-paris5.fr

-Cass. 1ere civ, 18 jan.1938. voir sur : www. Droit. univ-paris5.fr

-Cass. 1ere civ, 27 mai 1940. voir sur : www. Droit. univ- paris5.fr

- Cass. 1ere civ, 07 octobre 1998. Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

- Cass. 1ere civ, 09 octobre 2001. Voir sur : www.legifrance.gouv.fr

-

فهرس الموضوعات

ملخص

يرد على مبدأ عدم جواز المساس بالكيان الجسدي للإنسان استثناء يتمثل في الاعتراف بمشروعية العمل الطبي، إذ يجوز للطبيب التدخل والمساس بهذا الجسد سواء من خلال التدخل الطبي العلاجي أوالجراحي، الذي تبرره الضرورة العلاجية.

نظرا لخطورة هذه التدخلات من جهة، وتقصير الأطباء وإخلالهم بالتزاماتهم من جهة أخرى، أضحى لا بد من توفير الحماية للمريض من الأخطاء الطبية أثناء التدخل الطبي، التي من شأنها المساس بسلامة المريض، الأمر الذي يستوجب معه توقيع المسؤولية الطبية، التي تعتبر ذات طبيعة عقدية كمبدأ عام، وتقصيرية في حالات استثنائية.

ويمكن أن تكون الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء التدخل الطبي أخطاء متصلة بالأخلاقيات الطبية وأبرزها عدم قيام الطبيب بإعلام المريض وتخلف رضاه، أو تلك الماسة بالفن الطبي وهي أخطاء العلاج والجراحة، جسيمة كانت أم يسيرة، تلحق ضرر بالمريض ماديا كان أو معنويا، أو حتى تفويت فرصة الشفاء أو البقاء على قيد الحياة.

وبالرغم من اعتبار الخطأ الطبي ركن جوهري لقيام المسؤولية الطبية، إلا أنه أغفلت النصوص الخاصة بمزاولة مهنة الطب تنظيمه، تاركة ذلك للقواعد العامة رغم عدم كفايتها.

Résumé

Le principe de l’inviolabilité du corps humain connait une exception qui consiste en la reconnaissance de la légalité de l’acte médicale et les interventions du médecin sur ce corps à travers les interventions thérapeutique et chirurgicale qui sont justifiées par la nécessité médicale.

La gravité des interventions d’une part et la négligence des médecins et la violation de leurs obligations d’autre part, font qu’il est nécessaire de protéger le patient des fautes médicales au cours de l’intervention médicale, ce qui exige une responsabilité médicale, de nature contractuelle comme un principe général et en matière délictuelle dans des cas exceptionnels.

Les erreurs médicales commises au cours de l’intervention médicale peuvent être liées a l’action humaine, c’est le cas lorsque le médecin manque d’informer le patient ou n’obtient pas son consentement ; ou la pratique médicale tels que traitements médicaux ou chirurgicaux, elles sont considérées comme erreurs tant qu’elles portent préjudice au le patient, qu’il soit physique ou moral, ou même le manque d’une chance de guérir ou de survivre.

Bien que l’erreur médicale soit considérée comme un principe fondamental de la responsabilité médicale, les textes régissant la profession médicale ont omis de le réglementer, laissant ce soin aux règles générales malgré leur insuffisance.